Die Rechtsvereitelung nach dem RStGb. und den neueren Strafgesetzentwürfen.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
der hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen
Fakultät (Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität Tübingen.

Vorgelegt von
L. H. Grosse
Justizreferendar in Stuttgart

1933

Gatzer & Hahn, Graphische Werkstätten, Schramberg (Schwarzwald)

Referent: Professor Dr. Schoetensack.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhalts-Verzeichnis.

Seite

I. Geschichtliche Entwicklung.

§ 1. Abgrenzung. 1

§ 2. 1. Römisches Recht. 2

2. Deutsches Recht.

§ 3. Entwicklung der Vollstreckungsvereitelung. 4

§ 4. Entwicklung der Pfandkehr. 5

II. Das geltende Recht.

A. Das Vergehen des § 288

§ 5. Begriff, Zweck und systematische Stellung des § 288. 7

§ 6. Begriff der Zwangsvollstreckung. 10

§ 7. Das „Drohen" der Zwangsvollstreckung. 12

§ 8. Der Täter. 16

§ 9. Der Verletzte. 18

§ 10. Der Begriff des Vermögensbestandteils. 19

§ 11. Das „Veräußern" und „Beiseiteschaffen". 22

§ 12. Die innere Tatseite. 26

§ 13. Der Antrag und die Strafe. 27

§ 14. Teilnahme. 27

B. Das Vergehen des § 289.

§ 15. Stellung im Gesetz und Name. 28

§ 16. Die Objekte der Handlung. 29

§ 17. 1. Die Nutznießung. 31

§ 18. 2. Das Pfandrecht. 31

§ 19. 3. Das Gebrauchsrecht. 33

§ 20. 4. Das Zurückbehaltungsrecht. 33

§ 21. Die Handlung. 35

§ 22. Der Täter. 38

§ 23. Die innere Tatseite. 40

§ 24. Versuch und Teilnahme. 43

§ 25. Strafe, Antrag und die Bestimmung des Abs. 5. 44

C. Eine Gegenüberstellung des § 288 und § 289 und ihr Vergleich zu anderen verwandten strafrechtlichen Bestimmungen.

§ 26. Vollstreckungsvereitelung und Pfandkehr. 45

§ 27. Vergleich des § 288 mit anderen Delikten. 46

§ 28. Der § 289 und andere verwandte Tatbestände des Strafrechts. 48

III. Die Entwürfe.

§ 29. Der Vorentwurf von 1909. 50

I. § 288 (§ 293 V.E.).

II. § 289 (§ 284 V.E.).

§ 30. Der Gegenentwurf. 52

I. § 288 (§ 313 G.E.).

II. § 289 (§ 307 G.E.).

§ 31. Der Entwurf der Strafrechtskommission (1913). 55

I. § 288 (§ 374 K.E.).

II. § 289 (§ 376 K.E.).

§ 32. Der Entwurf von 1919. 58

§ 33. Der Entwurf von 1925. 59

§ 34. Der Entwurf von 1927 und eine kritische Zusammenfassung. 61

I. Die Vollstreckungsvereitelung.

II. Die Rechtsvereitelung im engeren Sinn.

III. Kritische Zusammenfassung.

Literaturverzeichnis.

Allfeld: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Leipzig-Erlangen, 1922.

Aschrott- u. Kohlrausch: Reform des Strafrechts, Krit. Besprechung des amtlichen Entwurfs eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuches, 1926.

Aschrott u. Liszt: Reform des Strafgesetzbuchs, 1910.

Behme: Der Schuldner und die drohende Zwangsvollstreckung. Dissertation Hannover 1894.

Beling: Grundzüge des Strafrechts, Tübingen 1928. Methodik der Gesetzgebung, insbesondere der Strafgesetzgebung. Zugleich ein Beitrag zur Würdigung des Strafrechtsentwurfs von 1919. Berlin 1922.

Berner: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts 1898.

Binding: Gerichtssaal Bd. 77, S. 17, 1911.

Binz: Das Vergehen gegen § 288 Reichsstrafgesetzbuch. Erlanger Dissertation, Hamburg 1895.

Brunner: Deutsche Rechtsgeschichte in Bindings Handbuch, Bd. 2, 1892.

Die Carolina und ihre Vorgängerinnen, Zöpfl'sche Ausgabe, Halle 1900 bis 1902.

Corpus juris civilis, Mommsen Krueger, Berlin 1922.

Dohna, Graf zu: Das Strafprozeßrecht (Lehrbuch) Berlin 1929.

Ebermayer: Der Entwurf eines deutschen Strafgesetzbuches, Berlin 1914.

Ebermayer, Lobe, Rosenberg: Reichsstrafgesetzbuch, IV. Auflage, Berlin-Leipzig, 1929.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.

Amtlicher Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs nebst Begründung, Berlin 1925.

Erster Teil Entwurf der Strafrechtskommission von 1913.

Zweiter Teil Entwurf von 1919.

Dritter Teil Denkschrift zu einem Entwurf von 1919, Berlin 1920.

Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs nebst Begründung, Berlin 1927.

Feuerbach von: Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts, herausgegeben von Mittermayer, Gießen 1847.

Frank: Das Strafgesetzbuch des Deutschen Reichs, 18. Auflage, Tübingen 1930. In Zeitschrift für Strafrechtswissenschaft Bd. 14 S. 409.

Gegenentwurf zum Vorentwurf (Kahl, Lilienthal u. a.) eines Deutschen Strafgesetzbuchs und Begründung, Berlin 1911.

Gerland: Lehrbuch des Strafrechts, 21. Auflage 1932.

Goltdammer: Archiv für Strafrecht und Strafprozeß.

Harburger: Strafbarer Eigennutz, bes. Teil der vergleichenden Darstellung des deutschen mit ausländischem Strafrecht Bd. 6, Berlin 1906.

Heck: Grundriß des Schuldrechts, Berlin 1929.

Hegler: Jahreskurse für gerichtliche Fortbildung, 1929.

Hentschel: Die Vereitelung der Zwangsvollstreckung, Leipziger Dissertation 1906.

Hinkel: Die Pfandkehr, Leipziger Dissertation 1912.

Holtzendorff: Handbuch des deutschen Strafrechts, Bd. 1 u. 2, 1871, Bd. 3 1874.

Juristische Wochenschrift Berlin.

Kahl: Der deutsche Strafgesetzentwurf von 1916 in „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft", Bd. 42 S. 205 ff. Berlin 1921.

Lenz: Der strafrechtliche Schutz des Pfandrechts, Stuttgart 1893.

Liszt-Schmidt: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Berlin-Leipzig 1927.
A. Merkel: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Stuttgart 1889.
Motive zum Entwurf eines Strafgesetzbuchs für den Norddeutschen Bund, Berlin, 1869.
Protokolle des 21. (Strafrechts-)Ausschusses, 116. Sitzung, Reichstag, IV. Wahlperiode 1928.
Rosenberg: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, II. Aufl., Berlin 1929.
Schäfer: Deutsche Strafgesetzentwürfe von 1909—27, Mannheim, Berlin, Leipzig, 1927.
Schoetensack: Der Konfiskationsprozeß, Leipzig, 1905.
Schwartz: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, Berlin 1914.
Schwering: Die Befriedigungsvereitelung außerhalb des Konkurses (§ 288), Heidelberger Dissertation 1913.
Sohm-Mitteis: Institutionen 17. Aufl. München und Leipzig 1928.
Stein: in „Der Gerichtssaal" Stuttgart 1894 Bd. 49 S. 372 ff.
Stenglein: Lexikon des deutschen Strafrechts Bd. 1 1900.
Umhausen: in Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft Bd. 35 S. 208.
Wach: Der Bankerott und die verwandten Delikte in vergleichender Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, bes. Teil, Bd. 8 Berlin 1906.
Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts, Frankfurt 1900.

§ 1.

I. Abgrenzung.

Der Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches hat in manchen Fällen, soweit es sich als nötig erwies, versucht, auch schon in systematischer Hinsicht Klarheit in das neue Gesetz zu bringen. Durch diese systematische Vorarbeit verschafft die Gesetzgebung der Wissenschaft, und vor allem der Praxis, die Möglichkeit, einen Ueberblick über die Materie zu bekommen.

Dadurch ist schon rein äußerlich eine starke Veränderung in der Unterteilung und der Gliederung der Abschnitte des Entwurfs gegenüber dem geltenden Recht zu bemerken.

So stellt sich auch der 31. Abschnitt als eine Zusammenfassung dar, die unter der Bezeichnung „Rechtsvereitelung" teils schon im geltenden Recht vorhandene Strafbestimmungen, (wenn auch mehr oder weniger verändert) umfaßt, teils — im § 385 — neue Bestimmungen, wenigstens im Vergleich zum geltenden Recht, aufnimmt.

Gerade das Delikt der Rechtsvereitelung ist eigentlich in den verschiedenen Entwürfen, und insbesondere im letzten, zum erstenmal klar und systematisch herausgestellt worden. Diese Strafbestimmung war im Reichsstrafgesetzbuch im 23. Abschnitt, betitelt „strafbarer Eigennutz und Verletzung fremder Geheimnisse", untergebracht. Dieser Abschnitt enthält aber gar keine irgendwie systematisch zusammengehörende Bestimmungen; vielmehr waren hier ganz verschiedene Straftaten zusammengefaßt, die nur das gemeinsam hatten, daß sie schwer in einem anderen Abschnitt untergebracht werden können.

Es soll nun der Versuch gemacht werden, eine Darstellung der dem § 354 des 31. Abschnitts des Entwurfs eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs zu Grunde liegenden Strafbestimmungen, ihrer geschichtlichen Entwicklung, und ihrer Fortbildung durch die verschiedenen Entwürfe zu geben.

Aus dieser Abgrenzung ergibt sich, daß aus dem geltenden Recht die §§ 288/89 RStGB. Gegenstand der Arbeit werden.

II. Geschichtliche Entwicklung.

§ 2.

1. Römisches Recht.

Zur Zeit des klassischen römischen Rechts findet sich keinerlei Strafbestimmung, die als Parallele zur heutigen Vollstreckungsvereitelung herangezogen werden könnte. Diese scheinbare Lücke ist aber nicht verwunderlich, wenn man sich die Formen, in denen die Exekution aus einmal erworbenen Titeln vor sich ging, vergegenwärtigt.

Hier im alten Recht bestand die Vollstreckung der Schuldnerverbindlichkeit grundsätzlich in der Personalexekution, welche den Schuldner in die Schuldknechtschaft brachte, den Verkauf „trans Tiberim" und sogar ein Tötungsrecht des Gläubigers mit sich brachte. —

Nach Aufhebung dieser strengen Bestimmungen durch die lex Poetilia (313 vor Christus) blieb immerhin die Schuldknechtschaft in der Form der Schuldhaft als grundsätzliches Zwangsvollstreckungsmittel des Civilrechts. Mit der Person des Schuldners verfiel auch Anhang und Habe der Macht des Gläubigers. Die Personalexekution schloß demnach indirekt auch die reale in sich, was ja auch verständlich ist, da Erstere von viel einschneidender Bedeutung ist als Letztere. „Das Ziel der alten Zwangsvollstreckung war nicht so sehr Befriedigung des Gläubigers (wie heute), als vielmehr die strafende Verhaftung der schuldnerischen Persönlichkeit mit allem, was sie ist und hat. Die Nichterfüllung einer Schuldnerverbindlichkeit war strafbares Delikt. Die gesamte Rechtsordnung ist in der Urzeit zuerst in der Form des Strafrechts hervorgebracht worden" [1]).

Viel früher als heutzutage setzt bei Nichterfüllung einer obligatio schon die Strafe ein. Es erübrigt sich bei dieser Art der bestrafenden Vollstreckung eine besondere Strafnorm, wie sie sich später entwickelte bei entsprechenden Veränderungen des Civilrechts.

Nach prätorischem Recht hatte der Gläubiger die Möglichkeit der missio in bona. Es war dies die erste unmittelbare Zwangsvollstreckung in das Vermögen, also Realexekution. Es handelte sich jedoch um Vollstreckung in das g e s a m t e Vermögen, sodaß jede Exekution mehr oder weniger zu einem Konkurs auswuchs, da andere Gläubiger sich möglichst rasch anzuschließen bestrebt waren.

Zwischen diesen beiden Vollstreckungsarten hatte der Gläubiger die Wahl, welche später der Schuldner durch die cessio bonorum, d. i. die freiwillige Herbeiführung der Exekution in sein gesamtes Vermögen, ausschließen konnte, wobei ihm auch andere Vergünstigungen, wie das beneficium competentiae usw. z. T. wurden, die aber hier nicht weiter interessieren. Die Personalexekution kam nach der cessio in Wegfall.

[1]) Sohm-Mitteis-Wenger Institutionen S. 719.

Von diesem Augenblicke an konnte der Schuldner ein Interesse daran haben, die Vollstreckung in sein Vermögen zu vereiteln, und in dieser späteren Zeit wurden die vereitelnden Handlungen des Schuldners als Betrug angesehen und nach den hiefür entsprechenden Bestimmungen bestraft. Gegen diese fraus creditorum half dem Gläubiger die actio Pauliana.

Die Frage, ob die Pfandkehr des § 289 in ihrem Grundgedanken deutschen oder römischen Rechts ist, kann im Rahmen dieser Arbeit nicht näher geprüft werden. Lenz [2]) bekämpft entschieden die Ansicht, daß die Wurzeln des Vergehens im römischen Recht zu suchen seien, und ihm schließt sich Stein [3]) in einer kritischen Besprechung dieser Arbeit an, während die Vertreter der herrschenden Ansicht [4]) die Pfandkehr auf das römische furtum possessionis zurückführen. Aber auch hier wird man nicht fehl gehen, wenn man den Ursprung des Delikts sowohl in dem einen, wie in dem anderen Recht sieht, sodaß die früheste Entwicklung sich als eine von einander unabhängige Parallele darstellt [5]).

Wie schon oben erwähnt, wird das Vergehen im römischen Recht von dem furtum mit umfaßt. Dieses hat seinen Ursprung in dem Delikt des „fur, qui alienam rem adtrectavit" [6]).

Ausgehend von dieser Definition bildet sich der erweiterte Begriff des furtum, wie ihn die Legaldefinition des Paulus [7]) festlegt: „furtum est contrectatio rei fraudulosa, lucri faciendi gratia vel ipsios rei, vel etiam usus eius possessionisve". Das Tatbestandsmerkmal der Sache als fremder ist fortgefallen, und diese Erweiterung des furtum possessionis trifft auch auf den Tatbestand des § 289 Strafgesetzbuch zu.

Es wird dabei von der Auffassung Windscheids ausgegangen [8]), der das furtum als Entwendung — das ist jede bewußt widerrechtliche Behandlung einer beweglichen Sache, die in der Absicht geschieht, sich zu bereichern — und so als Oberbegriff ansieht.

Es tritt damit an Stelle des alten Diebstahlsbegriffs ein System von verwandten Privatdelikten, welche gleichartige Tatbestandsmerkmale aufweisen. Ihrem Wesen nach sind diese nicht „Unterbegriffe" des Diebstahls, sondern diesem verwandte Fälle, die sich gemeinsam mit dem Diebstahl, dem furtum unterordnen. Diese Art der Nebengliederung wurde vom gemeinen Recht verkannt und führte zu der Anlehnung der Pfandkehr an die für diese zu engen Tatbestandsmerkmale des Diebstahls.

---

[2]) Lenz, der strafrechtliche Schutz des Pfandrechts 1893, S. 19 ff.
[3]) Gerichtssaal 1894, Bd. 49, S. 380 ff.
[4]) Binding, Lehrbuch, S. 318, Olshausen Bd. 2 S. 1214, Frank S. 512 u. a.
[5]) Allfeld, Lehrbuch, S. 456.
[6]) Definition des Sabinus. Gallius, Noctes Atticae bib. 18, §§ 20/21.
[7]) L. 1 § 3 Dig. de furtis 47,2.
[8]) Windscheid, Pantekten Bd. 2, § 452.

2. Deutsches Recht.

§ 3. Entwicklung der Vollstreckungsvereitelung.

a) Auch hier lag der sicherste Schutz des Gläubigers vielleicht noch mehr als im römischen Recht in der strengen Ansicht, die unsere Altvordern von der Erfüllung einer Vertragspflicht hatten. Selbsthilfe und Acht waren die Mittel der Erzwingung der geschuldeten Leistung. Die Behandlung als Vergehen setzt genau wie im römischen Recht schon in einem früheren Stadium der Handlungsreihe des Schuldners ein. Nicht wie im heutigen Recht ist strafbar, die Vereitelung einer Vollstreckungshandlung, sondern schon jedes obligationswidrige Verhalten des Schuldners und hierher gehört schon das Nichtzahlen.

Und letzten Endes fallen derartige Handlungen in strafrechtlicher Hinsicht unter den, auch im deutschen Recht noch nicht so fest wie heute umgrenzten Begriff der „Fälschung", d. h. unseres heutigen Betrugs.

Erst mit der scharfen Abgrenzung des Betrugsbegriffs sah sich daher der Gesetzgeber genötigt, das Delikt der Vollstreckungsvereitelung herauszubilden, um Handlungen, die jetzt nicht mehr als Betrug strafbar waren, da sie nicht unter den enger gewordenen Begriff fielen, unter einen neuen strafrechtlichen Gesichtspunkt ahnden zu können.

b) Zum erstenmal in prägnanter Abgrenzung, insbesondere auch im Vergleich zu den bei der Generalexekution möglichen Konkursvergehen bringt das Sächsische Strafgesetzbuch von 1855 rev. 1868, eine Bestimmung. Der fragliche Artikel 310 lautet: „Wer außer dem Falle des böslichen Bankerotts um bei einer ihm drohenden Hülfsvollstreckung die Befriedigung des Gläubigers zu vereiteln Bestandteile seines Vermögens beiseiteschafft, oder nach bereits erfolgter Hülfsvollstreckung in gleicher Absicht über die in Beschlag genommenen Gegenstände verfügt, ist nach dem Betrage des verursachten Schadens mit den Strafen des einfachen Bankerotts zu belegen".

Hinsichtlich der Strafe wurde dann 1868 abändernd bestimmt:

„. . . ist auf Antrag mit Gefängnis bis zu 4 Monaten oder Arbeitshaus bis zu zwei Jahren zu bestrafen".

In diese Strafbestimmung ist allerdings neben dem heutigen § 288 auch noch der Verstrickungsbruch des § 137 verquickt. Der wesentlichste Unterschied zwischen Artikel 310 und § 288 besteht darin, daß ersterer den Vermögensschaden zur Vollendung der Vollstreckungsvereitelung forderte, d. h. ein Erfolgsdelikt aufstellte, während nach § 288 schon die Absicht und eine dahin gerichtete Handlung, ohne Rücksicht auf Erfolg oder Nichterfolg bestraft wird, d. h. ein Absichtsdelikt vorliegt.

Zeitlich etwas früher bringt auch schon der Entwurf eines Strafgegesetzbuchs für Preußen aus dem Jahre 1843 in seinem § 483 eine Strafbestimmung:

„Wenn Personen, welche nicht zu den Gewerbetreibenden gehören, in der Absicht, ihre Gläubiger zu betrügen, oder bei wirklich eingetretener Zahlungsunfähigkeit ihr Vermögen ganz oder teilweise verheimlichen oder den Gläubigern entziehen, oder ganz oder teilweise erdichtete Schulden aufstellen, so sollen dieselben als Betrüger nach § 450 bestraft werden."

Interessant ist, daß dieser Entwurf in dem Delikt immer noch eine Variation des Betrugs sieht, worauf der ganze Aufbau der Bestimmung und auch die Strafschöpfung aus dem Betrugsparagraphen hinweisen.

Aber man hat nicht nur die Strafe nach Betrug bemessen, sondern häufig es auch damals vorgezogen, derartige Verfehlungen unter den weiteren Betrugsbegriff fallen zu lassen.

Der zweite Entwurf zum Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund vom Dezember 1869 enthielt dann eine Vorschrift, die mit einer geringen Aenderung — Ersetzung des Wortes „Hülfsvollstreckung" durch „Zwangsvollstreckung" —. in das geltende Strafgesetzbuch aufgenommen wurde.

§ 4.

Entwicklung der Pfandkehr.

Während aus der oben Seite 4 ff. geschilderten unrichtigen Einstellung heraus das gemeine Recht zu sehr am Begriff des Diebstahls haften blieb, hat das deutsche Recht ein selbständiges Delikt der „Pfandkehrung" ausgebildet.

Schon in den Volksrechten findet es Erwähnung. Der älteste Fall eines solchen Tatbestands stellt wohl der „Hürdenbruch" dar. Richtete Vieh auf fremdem Boden Schaden an, so trieb der Eigentümer des Bodens und Geschädigte das Vieh einfach in seine eigene Hürde. Hinderte an diesem Verbringen der Eigentümer des Viehs den Geschädigten, oder trieb er es nach Verbringen in die Hürde wieder fort, so machte er sich bußfällig. Eine Bestimmung hierüber findet sich in der lex Salica [1]).

Eine Weiterentwicklung dieser Grundsätze läßt sich in den lombardischen Königsedikten verfolgen; ferner in den Stadt- und Landrechten in den verschiedenartigsten Formen.

Während seither die Buße den Geschädigten zufiel, macht sich hier vor allem die Entwicklung geltend, daß es sich nicht nur um ein Vergehen gegen das Vermögen eines anderen handelt, sondern um eine Störung der öffentlichen Ordnung. Die Pfändung geschieht nicht mehr kraft eines Selbsthilferechts des Gläubigers, sondern mit Hilfe staatlich sanktionierter Mittel. So tritt an Stelle der Buße eine an die Obrigkeit zu entrichtende Geld- oder Freiheitsstrafe, die den Friedensbruch sühnt.

[1]) cap. IX § 8 erster Pardessus'scher Text bei Behrend.

Nicht unter Strafe gestellt ist die Pfandkehr in der constitutio criminalis carolina [2]). Sie kannte einen selbständigen strafbaren Tatbestand dieser Art noch nicht. Doch man ginge fehl mit der Annahme, dieses Vergehen falle hier vielleicht unter den Begriff des Diebstahls. Eine Entwendung der eigenen dem Täter gehörenden Sache war hier unbekannt. Es zeigt sich mit großer Deutlichkeit der begriffliche Unterschied des Diebstahls nach römischem und deutschem Recht. Als Diebstahl kannte die Carolina nur die Zueignung fremder Sachen.

Das allgemeine Landrecht [3]) in seiner römisch rechtlichen Beeinflussung auf dem Umweg über das gemeine Recht, bestraft denjenigen, der seine eigene Sache einem anderen, dem auf deren Besitz, Genuß oder Verwahrung ein Recht zukommt, in der Absicht, mit dem Schaden desselben sich Vorteil zu verschaffen, entwendet.

Ebenso ist die Pfandkehr im Sächsischen Strafgesetzbuch § 274 als Diebstahl unter Strafe gestellt.

Eine andere Gruppe partikularer Strafgesetzbücher bestraft diese Tat unter dem Gesichtspunkte des Betruges [4]).

Wie im allgemeinen Landrecht, so findet sich auch in dem ersten Entwurf zum Preußischen Strafgesetzbuch das Vergehen des § 288 noch nicht als besonderes Delikt. Der Sammelbegriff Diebstahl umfaßt hier noch die Wegnahme einer eigenen Sache, wie die einer fremden.

Doch kommt schließlich eine Sonderung dieses Delikts zustande und die Pfandkehr taucht als delictum sui generis auf: die Entwendung der eigenen Sache kann nach dem im Entwurf festgehaltenen deutschrechtlichen Begriff des Diebstahls, welcher eine fremde Sache voraussetzt, niemals als eigentlicher Diebstahl betrachtet werden. Dennoch besteht zwischen beiden Verbrechen eine große Aehnlichkeit besonders sobald gewinnsüchtige Absicht vorliegt." [5]).

Der § 271 des Preußischen Strafgesetzbuches — er diente dem § 289 RStGB. unmittelbar als Vorbild — lautete dann:

„Wer seine eigene bewegliche Sache dem Nutznießer, Pfandgläubiger oder demjenigen, welchem an der Sache das Zurückbehaltungsrecht zusteht, in rechtswidriger Absicht wegnimmt oder wegzunehmen versucht, wird mit Gefängnis von einer Woche bis zu drei Jahren bestraft, auch kann gegen denselben auf zeitliche Untersagung der Ausübung der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden.

---

[2]) s. Lenz a. a. O. S. 65.
[3]) A.L.R. II 20, 15, § 1110.
[4]) z. B. Braunschweigisches Kriminalgesetzbuch von 1840 § 238 und Badisches Kriminalgesetzbuch von 1845 §§ 462 ff.
[5]) Motive zum Entwurf eines Strafgesetzbuches für die Preußischen Staaten von 1851 § 249 S. 72.

Die Bestimmungen der §§ 228 und 227 (betreffend Angehörige der Verletzten als Täter) finden hier gleichfalls Anwendung".

Die Entwürfe zum Reichsstrafgesetzbuche brachten dann noch die Erweiterung des Tatbestandes bis zur heute geltenden Form. So wird heute nicht nur der Eigentümer bestraft, sondern auch derjenige, der die im Besitz des Nutznießers usw. befindliche Sache nicht in seinem eigenen, sondern im Interesse des Eigentümers in rechtswidriger Absicht wegnimmt.

„Denn rücksichtlich des durch eine solche Handlung in seinem Recht verletzten Inhabers der Sache macht es keinen Unterschied, ob die Verletzung von dem Eigentümer selbst oder von einem Dritten ausgegangen ist und es erscheint darum folgerichtig, einem solchen Dritten mit derselben Strafe zu treffen." [6]).

Auch unser heutiges Strafgesetzbuch weist in seiner Fassung die Tatbestandsmerkmale des Diebstahls auf und ist insofern von dem einengenden Einfluß dieses Begriffs noch nicht ganz losgekommen. Das Wesen des Delikts ist dadurch vielleicht in ganzer Klarheit nicht aus dem Gesetzestexte zu entnehmen.

A. Das Vergehen des § 288.

§ 5.

Begriff, Zweck und systematische Stellung des § 288.

Man bezeichnet dieses Delikt gewöhnlich als „Vollstreckungsvereitelung" oder Vereitelung der Zwangsvollstreckung. Es läßt sich gegen diese Bezeichnung manches ins Feld führen. So kann man sagen, diese Bezeichnung ist zu weit, nicht jede Vereitelung einer Zwangsvollstreckung fällt unter den § 288. Es muß die Handlung in der Beseitigung oder Veräußerung eigener Vermögensbestandteile durch den Schuldner bestehen. Eine andere Handlung des Schuldners, durch die etwa der Gerichtsvollzieher an der Vollstreckung sonstwie gehindert wird, z. B. Gewalt oder Bedrohung, ist auch durchaus geeignet, die Vollstreckung unmöglich zu machen, fällt aber nicht in das Gebiet des § 288, sondern wäre nach § 113 StGB. strafbar. Falsch wäre es, hier anzuführen, daß ja auch die Entziehung der Pfandstücke aus der Verstrickung noch eine Vollstreckungsvereitelung bedeute und der Verstrickungsbruch somit auch unter den zu weiten Begriff „Vollstreckungsvereitelung" fallen würde. Wer so argumentiert, verkennt durchaus, daß die Vollstreckung hier vollendet ist und deswegen nicht mehr vereitelt werden kann. „§ 137 stellt im Interesse der obrigkeitlichen Autorität Handlungen unter Strafe, die eine bereits vollzogene Zwangsvollstreckung in der praktischen Wirkung vereiteln, § 288

[6]) Motive zum Entwurf eines Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund S. 177 zu § 271.

schützt dagegen nur eine bevorstehende Vollstreckungshandlung im Interesse des Gläubigers vor Vereitelung.“ [1]).

Hier soll die Verletzung der dem Gläubiger erwachsenen Rechte geschützt werden. Dort ist, wie das Reichsgericht [2]) ausführt, „der gesetzgeberische Grund der Strafnorm die Nichtachtung der durch die zuständige Behörde verfügten Vollstreckungsmaßregel.“

Zu eng ist die Bezeichnung insofern, als zur Erfüllung des Tatbestands des § 288 nicht die Vollendung der Vereitelung gefordert wird. Es genügt, daß der Täter handelt in der Absicht, die Vollstreckung zu vereiteln.

De lege ferenda wird diese Bezeichnung für die Bestimmung des Entwurfs in § 354 Abs. 2 in dieser Hinsicht passender sein, da jetzt zur Vollendung verlangt wird, daß eine Schädigung tatsächlich eingetreten ist, während de lege lata ein Delikt mit „überschießender Innentendenz“ vorliegt [3]).

Außerdem ist die Bezeichnung deswegen ungenau, weil nicht die Vollstreckung vereitelt werden soll, sondern der Wille des Gläubigers, sich auf dem Vollstreckungswege zu befriedigen oder kurz, die Befriedigung des Gläubigers.

Wach [4]) sagt, das Angriffsobjekt des § 288 sei nicht der publizistische Vollstreckungsanspruch des Gläubigers, sondern sein materieller Leistungsanspruch gegen den Schuldner und dessen Befriedigung. So wäre die Bezeichnung „Befriedigungsvereitelung“ wie sie Lenz [5]) vorschlägt, vielleicht treffender, oder Liszt's [6]) Bezeichnung „die Gefährdung der Befriedigung durch Zwangsvollstreckung“, zu der er in der neuen Auflage seines Lehrbuchs übergegangen ist, nachdem er früher auch „Vereitelung der Zwangsvollstreckung“ titulierte.

Wenn man jedoch in Betracht zieht, daß primär erst einmal die Vollstreckung vereitelt wird, und sekundär dadurch die Befriedigung auf deren Vereitelung allerdings der Wille des Täters gerichtet ist, so rechtfertigt sich die Bezeichnung Vollstreckungsvereitelung und es soll an ihr insbesondere auch im Hinblick auf den Entwurf festgehalten werden. Hier allerdings kann von einer Vollstreckungsvereitelung nur als Unterbegriff der Rechtsvereitelung gesprochen werden.

Der Zweck des Gesetzes ist, wie schon oben festgestellt wurde, die Sicherstellung der Befriedigung des Gläubigers.

Durch den gemeinsamen Zweck aufs engste verbunden, sind die Bestimmungen der Konkursordnung § 239—244 und des § 288 StBG. Beiden

---

[1]) Frank Kommentar zu § 288.
[2]) ERGSt. Bd. 2, S. 230.
[3]) Hegler in ZStW. Bd. 36 S. 31 ff.
[4]) Wach a. a. O. S. 55.
[5]) Lenz a. a. O. S. 121.
[6]) von Liszt Lehrbuch 17. Aufl. S. 464.

gemeinsam ist der Schutz gegen die rechtswidrige Entziehung desjenigen Schuldnervermögens, auf das die Gläubiger zum Zwecke ihrer Befriedigung Anspruch haben [7]). Einmal soll die Generalexekution, das anderemal die Spezialexekution sichergestellt werden.

Vom streng methodischen Gesichtspunkt aus, wie ihn z. B. Beling [8]) vertritt, ist es bedauerlich, daß systematisch so eng zusammenhängende Bestimmungen durch verschiedene Gesetze geregelt sind. Es wäre deswegen zu erwägen, ob nicht besser diese Bestimmungen wieder einen gemeinsamen Platz in ein und demselben Gesetz bekommen würden [9]). Die Vollstreckungsvereitelung aus dem Strafgesetzbuch herauszunehmen und ins Konkursrecht einzufügen, ist nicht angängig. Aber auch die neuerliche Verpflanzung der Strafvorschriften bei Vereitelung der Generalexekution stößt auf erhebliche Schwierigkeiten und ist im Entwurf nicht vorgesehen. So soll auch in dieser Arbeit die Generalexekution und ihre Strafbestimmungen nicht mehr herangezogen werden. Es soll genügen, die Gleichartigkeit der beiden Strafbestimmungen als erkannt festzustellen.

Auch nach den Motiven zum Strafgesetzbuch beruht die Aufnahme der Bestimmung des § 288 auf der Erwägung, daß „dieselben Gründe, wenn auch in vermindertem Maße, welche dazu geführt haben, die Sicherung und Durchführung der Generalexekution unter den Schutz des Strafgesetzes zu stellen dahinführen, die Verletzung des Kredits und die Benachteiligung der Gläubiger, welche sich böswillige Schuldner im Hinblick auf eine drohende einzelne Hülfsvollstreckung vielfach zu schulden kommen lassen, als Vereitelung einer Spezialexekution nicht strafbar zu lassen ... „Auch hat es sich als ein praktisches Bedürfnis gezeigt, den vielfachen Hinterziehungen der Hülfsvollstreckung, durch welche böswillige Schuldner die Befriedigung des Gläubigers aus ihrem Vermögen zu vereiteln wissen, mit der Strenge des Gesetzes entgegenzutreten."

Etwas abweichend hievon sieht das Reichsgericht [10]) den Zweck des § 288 darin, „durch Strafdrohung Unternehmungen böswilliger Schuldner zu hindern, welche darauf zielen, die mittels einer in Aussicht genommenen Spezialexekution angestrebte Befriedigung einzelner wachsamer Gläubiger durch Beseitigung von Exekutionsgegenständen zu vereiteln."

---

[7]) Begründung zum Vorentwurf S. 812 ff.

[8]) Beling Methodik der Gesetzgebung S. 113.

[9]) So geht Binding in Gerichtssaal 77 S. 5 ff. von dem Standpunkte aus, daß alle in Reichssondergesetzen sich befindlichen Strafnormen zum wenigsten soweit sie als bewährt gesicherter Inhalt der Rechtsnormen geworden sind, von den nicht strafrechtlichen Bestimmungen der betreffenden Gesetze losgelöst und wieder in das Reichsstrafgesetzbuch eingefügt werden sollten. Ob aber dieser vom Standpunkt der Methodik und Wissenschaft aus begrüßenswerte Vorschlag in der Praxis nicht größere Kompliziertheiten mit sich bringt, als die heute gewählte Regelung, erscheint doch zweifelhaft.

[10]) ERSt. Bd. 1, S. 561.

Es gilt also mit Hilfe dieser Bestimmung bei der Abgrenzung und Abwägung zweier Interessen, die sich diametral entgegenstehen, jedem der beiden Interessenten gerecht zu werden. Auf der einen Seite steht das Befriedigungsinteresse des Gläubigers, auf der anderen Seite der begreifliche Wunsch des Schuldners, Herr seines Vermögens zu bleiben und über Gegenstände desselben frei verfügen zu können. Grundsätzlich ist jedenfalls die Nichterfüllung eines civilrechtlichen Vertragsverhältnisses nicht strafbar und kann sie auch nicht sein. Selbst manche Handlung, die man vielleicht als unreell bezeichnen könnte, aber im Geschäftsverkehr sich doch häufig ereignet, läßt der Gesetzgeber straflos. Aber zweifellos ist das Schutzbedürfnis des Gläubigers in dem Augenblick, wo der Schuldner ihn in unredlicher Weise an seiner Befriedigung hindern will, größer, als die Forderung, daß Handlungen einer nicht erkennbar verfügungsbeschränkten Person in deren und im Interesse Dritter aufrechterhalten bleiben. Bei der gesteigerten Kreditwirtschaft unserer Zeit ist es geradezu unmöglich, ohne eine solche Bestimmung, die dem Schuldner verbietet, entgegen Treu und Glauben zum Nachteile seiner Gläubiger über Gegenstände seines Vermögens zu verfügen, auszukommen.

2. Objektiver Tatbestand.

§ 6.

Begriff der Zwangsvollstreckung.

Das Wort Zwangsvollstreckung ist hier im weitest möglichen Sinn zu verstehen. Jedes gesetzlich geregelte Zwangsverfahren, das die Befriedigung des Gläubigers herbeizuführen bestimmt ist, fällt unter den Begriff. Es handelt sich also um die Anwendung geeigneter Mittel, um einen feststehenden, oder doch einen als feststehend zu behandelnden Anspruch, auch gegen den Willen des Anspruchsgegners durchzusetzen. Frank [1]) definiert „eine zwangsweise durch das zuständige Organ auszuübende Verwirklichung eines Anspruchs".

Es muß jedoch der Anspruch des Gläubigers und die Verpflichtung des Schuldners zuerst festgestellt sein, bevor zur zwangsweisen Durchführung geschritten werden kann. Der Gläubiger muß einen vollstreckbaren Titel haben, zu dessen Erlangung normalerweise der Zivilprozeß der Weg ist, der mit dem Urteil abschließt. Zu diesem muß dann noch die sogenannte Vollstreckungsklausel hinzutreten. Diese Zwangsvollstreckung in engerem Sinne umfaßt auch eine solche auf Grund Kostenfestsetzungsbeschlusses, sowie auf Grund der in § 794 ZPO. aufgeführten Vollstreckungstitel.

Der Anspruch des Gläubigers wiederum kann verschiedener Art sein, so die Zahlung eines Geldbetrages, die Herausgabe bestimmter beweglicher

[1]) Kommentar zu § 288.

und unbeweglicher Sachen. Auch kann er die Herbeiführung eines bestimmten Erfolges, zu dessen Herstellung der Schuldner verpflichtet ist, bezwecken. Jedenfalls muß der Anspruch, auf den sich die Vereitelungshandlung bezieht, ein bereits bestehender sein [2]).

Es gehört ferner hierzu die Zwangsverwaltung und Versteigerung in Grundstücke [3]).

Gemeint ist unter Zwangsvollstreckung sowohl die privatrechtliche wie die administrative. Die erstere ist im wesentlichen vorgesehen zur Durchführung privatrechtlicher, letztere zu der öffentlichrechtlicher Ansprüche.

Bei manchen Titeln bestehen doch gewisse Zweifel, ob sie die Grundlage einer Zwangsvollstreckung bilden. Es sind hier insbesondere, der Arrestbefehl [4]) und die einstweilige Verfügung [5]) zu nennen. Beide bezwecken wohl die vorläufige Sicherung des Gläubigers, aber nicht dessen Befriedigung. Dadurch dienen sie zur Vorbereitung der künftigen Zwangsvollstreckung [6]) und deren Sicherung, sind aber noch nicht selbst ein Teil der Zwangsvollstreckung.

Freilich wird es häufig Tatfrage sein, ob nicht gerade durch die Erwirkung eines Arrests oder einer einstweiligen Verfügung dem Schuldner die Zwangsvollstreckung schon droht.

Streitig ist ferner, ob die Vollstreckung von Vermögensstrafen — es handelt sich um Geldstrafen und Einziehung — unter den Begriff des § 288 StGB. fallen. § 463 StPO. schreibt für das Vollstreckungsverfahren hier vor, daß es auf Grund der Vorschriften über die Vollstreckung der Urteile der Zivilgerichte erfolgen solle, damit steht sicher fest, daß sich die F o r m in der Bahn der Zivilvollstreckung bewegen solle. Die herrschende Lehre, und mit ihr auch das Reichsgericht [7]) folgert daraus aber auch weiter, daß materiell eine Zwangsvollstreckung vorliege. Dieser Annahme steht aber das Wesen der Strafe entgegen. Man muß doch wohl annehmen, daß in ihrer Wesensart prinzipiell Freiheitsstrafe jeder Art und Geldstrafe sich vollkommen gleichstehen, d. h., daß ihr Unterschied nur ein gradueller ist, dahingehend, daß die geringste Freiheitsstrafe immer noch eine höhere Strafe als eine noch so hohe Geldstrafe darstellt. Mit dem Reichsgericht käme man aber zu dem merkwürdig anmutenden Ergebnis, daß auf der einen Seite alle Handlungen der Untersuchungs- und Strafgefangenen, die darauf gerichtet sind, sich selbst der Strafe zu entziehen, als Selbstbegünstigung straflos sind — mit Ausnahme des § 122 StGB. und des § 79 M.StGB. — während eine Handlung, durch die der

---

[2]) Entscheidung RGSt. Bd. 44 S. 251.
[3]) Gesetz vom 24. 3. 1897.
[4]) §§ 916, 928 ZPO.
[5]) §§ 935, 936, 940 ZPO.
[6]) vergl. hier ERGSt. Bd. 15 S. 114, Bd. 26 S. 10; a. M. Lenz a. a. O. S. 134, er bezeichnet den Arrest als eine antizipierte Zwangsvollstreckung.
[7]) ERGSt. Bd. 15 S. 164.

Verurteilte sich einer Vermögensstrafe entziehen will, die doch eine viel mildere Strafe darstellt, eine strafbare Selbstbegünstigung wäre.

Ganz richtig schließt Wach [8]) hieraus, daß eine Unterscheidung zwischen Strafvollstreckung und Zwangsvollstreckung zu machen sei, trotz der Verweisung in § 463 StPO. und läßt die Vereitelung der ersteren, d. h. bei Vollstreckung einer Geldstrafe oder einer Einziehung durch Beseitigung von Vermögensstücken als Selbstbegünstigung straffrei. Er steht auf dem Standpunkte, daß diese Verweisung sich nur auf die Form der Vollstreckung beziehe, ihre Wesensart damit aber nicht auch übertragen werde. Während natürlich die Beitreibung der Kosten [9]) eines Strafverfahrens von dem hierzu Verurteilten seitens der Gerichtskasse Zwangsvollstreckung im Sinne des § 288 ist, denn hier ist der fiskalische Anspruch vorhanden, der bei der Strafe hinter dem Strafzweck zurücktritt. Wobei noch zu beachten ist, daß der Strafzweck durch das Unmöglichwerden der Bezahlung einer Geldstrafe nicht unbedingt vereitelt sein muß, da immer noch die Möglichkeit der Umwandlung der Geld- in eine Freiheitstrafe zu Gebote steht [10]).

§ 7.

Das „Drohen" der Zwangsvollstreckung.

In dem Augenblick der Beseitigung der Vermögensstücke muß, so verlangt das Gesetz, dem Schuldner eine Zwangsvollstreckung drohen. Diesen Zeitpunkt, von dem an die Vollstreckung droht und in dem sie noch droht, festzulegen ist in vielen Varianten in der Literatur versucht worden. — Aus allen den unter sich abweichenden Definitionen des Begriffs der drohenden Zwangsvollstreckung geht jedenfalls eines mit Sicherheit hervor, daß nämlich eine genaue Umreißung dieses Begriffs so, daß er auf alle vorkommenden Fälle angewendet werden kann, nicht möglich ist. Es kommt letzten Endes immer wieder auf die konkreten Umstände des einzelnen Falles an. Deshalb ist es auch erklärlich, daß gerade über diesen Begriff die Judikatur der Gerichte und auch insbesondere die des Reichsgerichts eine sehr umfangreiche ist.

Die erste Voraussetzung ist, daß überhaupt ein Anspruch des Gläubigers besteht. Wie derselbe geartet und fundiert ist und wie die Art seiner Geltendmachung ist, erscheint, wie oben schon ausgeführt, unerheblich; d. h. ob er seiner Natur nach obligatorisch, dinglich, familienrechtlich usw. ist, ob er auf Vertrag, Gesetz, Delikt oder Quasi-Delikt beruht, ob er ein öffentlich-rechtlicher, oder zivilrechtlicher ist, bleibt ohne Bedeutung.

[8]) vergl. Darstellung Bd. VIII S. 57.

[9]) wegen des Kostenanspruchs, insbesondere über den Zeitpunkt seiner Entstehung, s. u. § 7.

[10]) vergl. § 28 RStGB. und § 491 StPO.

Feststeht, daß bei einem nichtigen Anspruch niemals eine d r o h e n d e Zwangsvollstreckung vorliegen kann. Doch ist der § 288 ohne weiteres anwendbar, wenn ein bloß anfechtbarer Anspruch dem Verfahren zu Grunde liegt. Die Anfechtung aber noch nicht mit Erfolg geschehen ist.

Nun droht aber noch nicht mit dem Vorhandensein des Anspruchs die Vollstreckung aus diesem. Denn damit wäre ja jede Verfügung des Schuldners über ein Vermögensstück schon unter den Begriff der Vollstreckungsvereitelung gebracht. Die Sachlage muß so geartet sein, daß der Schuldner demnächst eine Zwangsvollstreckung zu gewärtigen hat. Der Gläubiger muß Schritte unternommen haben, aus denen hervorgeht, daß er die Zwangsvollstreckung in die Wege leiten will.

„Die Zwangsvollstreckung ist eine drohende, wenn das in ihr liegende Uebel als ein nahe bevorstehendes sich ankündigt“ [1]).

Aehnlich sagt Liszt-Schmidt: „Sobald auf Grund der vom Kläger vorgenommenen Handlungen anzunehmen ist, daß er demnächst die Zwangsvollstreckung beginnen oder fortsetzen werde, könnte man von einer drohenden Zwangsvollstreckung erst sprechen“ [2]).

Daraus geht hervor, daß die Vollstreckungshandlung selbst noch nicht begonnen zu haben braucht. Diese Ansicht wird allgemein vertreten.

Nicht erforderlich ist, daß der Gläubiger schon einen Titel erworben hat, sehr häufig wird man schon von einer drohenden Zwangsvollstrekkung sprechen können, wenn der Gläubiger erst im Begriff ist, sich einen Titel zu verschaffen, so z. B. wenn der Gläubiger Klage erhebt nach § 253 ZPO., wenn er im Mahnverfahren einen Zahlungsbefehl zustellen läßt gemäß § 688 ZPO. Wie hier, so kann man auch bei allen anderen gerichtlichen Schritten seitens des Gläubigers annehmen, daß er eine Zwangsvollstreckung vornehmen will, dieselbe also dem Schuldner droht.

Noch einen Schritt zurück und die Grenze wäre wohl überschritten, d. h. man wird wohl im a l l g e m e i n e n nicht annehmen dürfen, daß bei jeder außergerichtlichen Handlung des Schuldners etwa einer oder mehrfacher Mahnung [3]) schon die Zwangsvollstreckung in „bedrohliche“ Nähe gerückt sei. Immerhin sind auch hier im konkreten Falle Beispiele denkbar, wo selbst schon in diesem Stadium von dem an gerechnet bis zur erfolgenden Vollstreckung oft noch ein weiter Weg ist, eine drohende Zwangsvollstreckung angenommen werden kann. So dürfte wohl bei einer durch einen Rechtsanwalt erfolgenden Zahlungsaufforderung, verbunden mit Fristsetzung, eine solche Handlung gesehen werden, die dem Schuldner in ge-

---

[1]) Schwartz Kommentar zu § 288.

[2]) Liszt-Schmidt (Lehrbuch) S. 664 ff.

[3]) ERGSt. Bd. 20 S. 256.

nügendem Maße klar macht, daß es dem Gläubiger ernst ist, mit der Durchführung seiner Rechte [4]).

Wann ein Anspruch entstanden ist, richtet sich nach den Bestimmungen des Rechts, dem er angehört. Es wäre im Einzelnen auszuführen: Ein Vertragsanspruch entsteht im allgemeinen mit dessen Abschluß, der Anspruch aus Delikt und Quasi-Delikt mit dessen Begehung. Dies festzustellen, ist insofern interessant, als daraus hervorgeht, daß z. B. jemand, der sich mit der Absicht trägt, durch ein Delikt irgend einen Schaden anzurichten, z. B. Brandstiftung und in Erwartung des Schadensersatzprozesses sein Vermögen auf die Seite schafft, v o r Begehung des Delikts aus § 238 nicht strafbar ist. — Der Anspruch der Braut aus § 1300 BGB. entsteht erst mit dem Verlöbnisbruche.

Eine nicht uninteressante Streitfrage, die hier auftaucht, ist die, wann der Kostenerstattungsanspruch des Fiskus aus einem Strafverfahren entsteht. Das Reichsgericht [5]) steht auf dem Standpunkte, daß dieser Anspruch in dem Augenblicke zur Entstehung gelangt, „indem zwecks Strafverfolgung staatliche Organe in Tätigkeit treten. Aufgabe des Urteils sei es im allgemeinen nicht, neues Recht zu schaffen ... Darnach läßt sich nicht annehmen, daß die nach § 497 (jetzt § 465) StPO. bei Verurteilung zu Strafe eintretende Verpflichtung zur Tragung der Kosten des Verfahrens welche nach § 496 (jetzt § 464) im Urteil auszusprechen ist, durch das Urteil neu geschaffen werde. Vielmehr war die Pflicht zur Kostentragung schon vorhanden und wird durch das Urteil nur festgestellt.

Zugegeben ist, daß der Kostenanspruch des Fiskus seinem Betrage nach noch nicht feststeht Dieser Umstand schließt aber vorher die Existenz eines Kostenanspruchs nicht aus.

Es muß ferner anerkannt werden, daß der Kostenanspruch des Staates nicht anders als im Strafverfahren gemeinsam mit dem Strafanspruche zur Geltung gebracht werden kann. Der Kostenanspruch des Fiskus ist demnach abhängig von der rechtskräftigen Verurteilung zur Strafe. Daraus ergibt sich aber nur, daß der Geltendmachung des Kostenanspruchs Schranken gesetzt sind, nicht aber, daß vor der Rechtskraft des Urteils noch kein Kostenanspruch besteht.

Ihren letzten Grund hat die Verpflichtung des Verbrechers zur Tragung der Kosten offenbar darin, daß das Verbrechen den Staat zu kostspieligen Maßnahmen nötigt. Soweit Auslagen des Staates allein in Be-

[4]) vergl. hiezu ERGSt. Bd. 20 S. 256, Bd. 24 S. 238 und Bd. 63 S. 341. So stellt das Reichsgericht in dieser letztgenannten Entscheidung fest, daß im Falle frauduloser Vermögensverschiebung dem Erwerber eine Zwangsvollstreckung aus dem Anfechtungsanspruche des verletzten Gläubigers bereits drohen kann, bevor dessen Forderung fällig, ein vollstreckbarer Schuldtitel über sie erwirkt oder die Anfechtung erklärt worden ist.

[5]) ERGSt. Bd. 13 S. 138 und Bd. 32 S. 298.

tracht kommen, könnte man zur Annahme neigen, daß der Kostenanspruch des Staates mit dem Zeitpunkt entstehe, in welchem behufs Verfolgung des Verbrechens eine mit Auslagen verbundene Maßnahme staatlicher Organe stattfindet. Demnach stellt das Strafurteil den Anspruch nur fest unter Voraussetzung später eintretender Rechtskraft der Verurteilung zur Strafe.

Nur die Feststellung der schon bestehenden Verpflichtung geschieht durch das Urteil, und nur die **Geltendmachung** des Erstattungsanspruchs ist durch die rechtskräftige Verurteilung des Angeklagten bedingt.

Diesem Standpunkt ist insoweit beizutreten, als dadurch die Ansicht, daß erst mit der Verkündung des verurteilenden Urteils der Kostenanspruch entstehe, abgelehnt wird.

Aber der Folgerung kann weiter nicht beigetreten werden. Den Entstehungspunkt des Kostenanspruchs vom erstmaligen Eingreifen staatlicher Organe abhängig zu machen, ist nicht angängig. Denn es bedarf doch wohl keiner weiteren Begründung, um augenfällig zu machen, daß diese Art den Entstehungszeitpunkt festzulegen eine rein zufällige ist, die mit der wirklichen Ursache der Entstehung nichts zu tun hat. Ebenso könnte man jeden anderen Zeitpunkt wählen, etwa den der ersten richterlichen Vernehmung, oder den der Eröffnung des Hauptverfahrens.

Es ist kein Grund vorhanden, der gegen die Ansicht spricht, wonach der Kostenerstattungsanspruch im Augenblick der Begehung des Delikts entstehen soll, genau so wie ein eventl. civiler Schadensersatzanspruch eines Dritten. Denn hier wird doch auch nicht bezweifelt, daß derselbe schon mit der Tat entstanden ist, wenn er vielleicht auch erst durch einen späteren Civilprozeß der Höhe nach einwandfrei festgestellt wird. Denn andernfalls dürfte bei konsequenter Anwendung des vom Reichsgericht entwickelten Prinzips doch auch hier niemals der Anspruch zur Tatzeit entstehen, sondern später; wann allerdings, das könnte dann genau so irgend einem zufälligen Eingreifen überlassen werden, wie beim Kostenerstattungsanspruch dem der staatlichen Organe. Es ist deshalb, ohne Bedenken festzustellen, daß der Kostenerstattungsanspruch generell schon im Augenblick der Begehung der strafbaren Handlung entsteht, allerdings erst durch ein verurteilendes Urteil festgestellt und konkretisiert wird [6]).

Dem steht auch Hentschel's [7]) Feststellung, daß wenn der Kostenanspruch schon mit der Begehung des Delikts entstünde, der zu Unrecht freigesprochene Verbrecher auch Schuldner des freilich nicht mehr geltend

[6]) anderer Ansicht Schwartz Kommentar, zu § 288, der den Standpunkt des Reichsgerichts nicht teilt, weil der staatliche Strafanspruch aus diesen bestimmten Gründen in dieser bestimmten Höhe gegen diesen bestimmten Täter erst durch das rechtskräftige Urteil geschaffen werde und der Kostenanspruch ein Akzessorium des Strafanspruchs sei.

[7]) Hentschel a. a. O. S. 17.

zu machenden Kostenanspruchs wäre, nicht entgegen. Diese Möglichkeit ist ohne weiteres zuzugeben, bildet aber kein durchschlagendes Gegenargument. Denn ist der Schuldner einer verjährten Forderung nicht auch noch Schuldner, freilich eines Anspruchs, der eben nicht geltend gemacht werden kann?

Abschließend ist nochmals festzustellen, daß sich eine feste Regel für das Vorliegen des Begriffs der „drohenden" Zwangsvollstreckung nicht aufstellen läßt.

Es ist, wie auch das Reichsgericht [8]) dartut, für die Feststellung, wann der Zeitpunkt, in dem eine Zwangsvollstreckung droht, eingetreten sei, dem richterlichen Ermessen in Würdigung der tatsächlichen Sachlage ein weiter Spielraum gegeben [9]).

§ 8.

Der Täter.

Subjekt der Vollstreckungsvereitelung ist nach dem Gesetz der, dem die Vollstreckung in sein Vermögen droht, d. h. der Schuldner.

Dieser Begriff ist nach den Grundsätzen des Zivilrechts festzustellen. Es sind alle die Personen, gegen welche gemäß den §§ 727 ff. ZPO. die Vollstreckungsklausel erteilt werden kann.

Das Reichsgericht drückt sich in einer neueren Entscheidung [1]) dahingehend aus:

„Täter im Sinn des § 288 ist nur wer bei einer s e i n e m Vermögen drohenden Zwangsvollstreckung s e i n e Vermögensgegenstände veräußert oder beiseiteschafft. Etwas Gegenteiliges ist auch aus der Entscheidung Bd. 13 S. 140 nicht zu entnehmen. Dort ist nur gesagt, daß der Täter nicht der persönliche Schuldner des Vollstreckungsgläubigers sei. Es genügt, daß ihm eine Vollstreckung in sein Vermögen, z. B. auch auf Grund dinglicher oder ehemännlicher Haftung drohe".

Wenn also durch einen vollstreckbaren Titel auch andere als die eben benannten Personen unmittelbar in Mitleidenschaft gezogen werden können, etwa durch Umschreibung der Vollstreckungsklausel, so sind auch diese, soweit in ihr Vermögen vollstreckt werden kann, als Schuldner im Sinn des § 288 anzusehen.

---

[8]) ERGSt. Bd. 31 S. 8.

[9]) aus der neuesten Judikatur wäre noch eine Entscheidung des BOLG. zu erwähnen, die ebenfalls ausführt, daß die Frage, ob eine Zwangsvollstreckung drohe, nach der jeweiligen Sachlage zu beurteilen sei. (Jur.W. 1932 S. 3188).

[1]) ERGSt. Bd. 63 S. 134.

So droht ein wegen einer ehemännlichen Schuld in das gemeinschaftliche Vermögen der Ehegatten einzuleitende Zwangsvollstreckung nicht nur dem Ehemann, sondern auch der Ehefrau [2]).

Ferner kommt hier in Frage z. B. die Rechtsnachfolge des Schuldners nach dem § 727 und 325 ZPO., d. h., wenn die Vollstreckungsklausel gegen den Rechtsnachfolger erteilt werden kann und erteilt worden ist und die Rechtskraft gegen ihn wirkt.

Eine bedauerliche Lücke des Gesetzes hat sich in dem Falle ergeben, daß der Täter nicht der Schuldner, sondern der Vertreter desselben ist. Dieser verfügt nämlich über das Vermögen des Schuldners, damit nicht über s e i n Vermögen und eine solche Verfügung verlangt das Gesetz. Die hier wichtigsten Fälle sind die Vertreter juristischer Personen. Deren Handeln gilt zivilrechtlich zwar als Handlung der juristischen Person selbst. Diese Fiktion ist aber einerseits für das Strafrecht abzulehnen, andererseits ist aber auch die juristische Person kein Subjekt des Strafrechts: „societas delinquere non potest".

Das Reichsgericht [3]) vertritt in einer sehr interessanten Entscheidung, es handelt sich um den Vorstand einer Aktiengesellschaft, der Vermögen der A.-G. bei einer drohenden Zwangsvollstreckung beiseitegeschafft hat, diesen Standpunkt. „Wenn auch der größte Teil der Aktien den Angeklagten gehörte, so sind sie doch nicht als identisch mit der Aktiengesellschaft anzusehen, die Letztere hat die Eigenschaft einer juristischen Person gehabt. Sie ist als solche ein von den Aktionären verschiedenes Rechtssubjekt. Nicht der Angeklagte, sondern die Gesellschaft ist als Schuldner verklagt, i h r hat die Zwangsvollstreckung gedroht und ihr Vermögen ist es gewesen, welches an die Gewerkschaft veräußert wurde."

Daraus ergibt sich in einwandfreier Weise, daß der Vorstand nicht Täter sein kann. Selbst in einem Fall wie hier, wo vom wirtschaftlichen Standpunkt aus das Vermögen, welches veräußert wurde, auch Vermögen des Aktionärs und somit des Vorstandsmitglieds war. Es soll dahin gestellt bleiben, ob de lege lata nicht doch eine Strafbarkeit solcher Personen zu erreichen wäre. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts selbst geht bei anderen Strafbestimmungen in der neuesten Zeit dahin, sich manchmal, wenn es das überwiegende Interesse zu bestrafen erfordert, von fremden Begriffen, insbesondere solchen des Zivilrechts freizumachen und so die Bestrafung zu erreichen. Es sei nur erinnert an die Herausbildung des „Individualanspruchs" bei der Untreue [4]), wo allerdings gerade mit Hilfe des Zivilrechts der gewünschte Zweck errreicht wird.

Aber auf dem Gebiete des § 288 ist gerade auch in der neueren Judikatur dieser oben geschilderte Standpunkt beibehalten worden. So wird

[2]) ERGSt. Bd. 31 S. 138.
[3]) ERGSt. Bd. 16 S. 121.
[4]) ERGSt. Bd. 62 S. 58.

in Bezug auf die Geschäftsführer oder Gesellschafter einer G.m.b.H. gesagt, daß sie sich, selbst wenn sie sämtliche Geschäftsanteile der G.m.b.H. besitzen, durch Beiseiteschaffen von Bestandteilen des Vermögens der Gesellschaft eines Vergehens gegen § 288 nicht schuldig machen [5]).

Nur wenige Schriftsteller [6]) halten nicht bloß den Schuldner für einen tauglichen Täter des Delikts, sondern jeden, der für den zahlungs- oder verfügungsunfähigen Schuldner aus dessen Vermögen den Gläubiger zu befriedigen hätte. Doch ist diese Erweiterung de lege lata, wie schon ausgeführt, kaum haltbar.

Was von dem Vorstand und Vertreter der juristischen Person gesagt wurde, gilt im gleichen Maße natürlich auch für solche natürlicher Personen, so für den Vormund, Pfleger, Testamentsvollstrecker usw.

Diese Fälle müssen demnach straffrei bleiben. Allerdings wird sich diese Lücke in den Entwürfen schließen, wie sich bei einer späteren Betrachtung zeigen wird.

§ 9.

Der Verletzte.

Das Objekt der Tat ist der Gläubiger. Denn die Absicht des Schuldners muß dahin gehen, die Befriedigung des Gläubigers zu vereiteln. Wie schon oben ausgeführt wurde, ist der Gegenstand des Angriffs das Vermögensrecht des Gläubigers, nicht das Vollstreckungsrecht, d. h. nicht die Vollstreckungsgewalt des Staates im Gegensatz zu § 137, wo sich das Delikt gegen die Autorität des Staates richtet [1]).

Gläubiger ist jeder, der einen Anspruch auf Zwangsvollstreckung in das Vermögen des anderen d. h. des Schuldners hat [2]).

Dieses Gläubigerrecht kann ein obligatorisches sein nach § 241 BGB., oder ein dingliches oder familienrechtliches. Doch selbstverständlich kann es auch einem öffentlichrechtlichen Verhältnis entspringen, eine Feststellung, die oben auch schon getroffen wurde, wo der der Zwangsvollstreckung zu Grunde liegende Anspruch behandelt wurde.

Gläubiger können außer natürlichen Personen auch juristische Personen sein.

Abschließend wäre zu diesem Begriff noch festzustellen, daß der materielle Anspruch des Gläubigers jedenfalls zu Recht bestehen muß. Ist dieser nicht vorhanden und kommt es trotzdem zu einer Zwangsvollstrekkung und deren Vereitelung, so liegt das Delikt des § 288 nicht vor [3]).

---

[5]) ERGSt. Bd. 60 S. 234 und ebenso Bd. 61 S. 104.
[6]) vor allem Binding Lehrbuch I S. 417.
[1]) Wach vergl. Darstellung Bd. VIII S. 55.
[2]) vergl. ERGSt. Bd. 9 S. 164 und Bd. 13 S. 138.
[3]) ERGSt. Bd. 13 S. 292, Bd. 31 S. 22.

§ 10.

Der Begriff des Vermögensbestandteils.

Das Vermögen des Schuldners ist hier im weitesten Sinn zu verstehen, d. h., es sind alle Sachen und Rechte, die einen in Geld abschätzbaren Wert haben und so in ihrer Gesamtheit das Vermögen des Schuldners darstellen, d. h., dessen Vermögenskomplex in seiner Totalität [1]).

Das Reichsgericht kommt in einer neueren Entscheidung [2]), in der es feststellt, daß auch der Besitz zu dem Vermögen im Sinn des § 288 gehören kann, zu einer Ausführung über den Vermögensbegriff, in der es zusammenfassend feststellt: „Nach dem vom Gesetzgeber ausgesprochenen Zwecke der Vorschriften ist dieses der Vollstreckung unterliegende Vermögen n i c h t das Vermögen im bürgerlich rechtlichen Sinn. Seine Benennung als Vermögen des Schuldners ist im vollstreckungsrechtlichen Sinne aufzufassen, bezeichnet mithin ganz allgemein — gleichviel ob rechtlich oder tatsächlich den Machtkreis, in dem der Schuldner nach den Grundsätzen des Vollstreckungsrechts die Vollstreckung zu dulden hat."

Aus dem Sinn des Gesetzes ergibt sich allerdings e i n e Einschränkung. Es kann sich nämlich nur um das Vermögen des Schuldners handeln, soweit es Gegenstand einer Zwangsvollstreckung sein kann. Denn aus anderen durch die entsprechenden Bestimmungen, insbesondere § 715 der ZPO. der Zwangsvollstreckung nicht unterliegenden Gegenständen kann der Gläubiger eine Befriedigung nicht erlangen, infolgedessen kann er durch ein Beseitigen dieser Gegenstände durch den Schuldner keinen Nachteil erleiden. Das Reichsgericht [3]) führt hiezu aus: „der § 288 StGB. setzt dabei, wie der Wortlaut klar ergibt, voraus, daß es sich um Vermögensstücke handelt, welche an und für sich zur Zwangsvollstreckung sich eignen und bezüglich deren daher die Möglichkeit besteht, daß die bevorstehende Zwangsvollstreckung darauf sich richten werde."

Dieser Standpunkt wird ganz allgemein geteilt [4]).

Das Gesetz spricht zwar von den Bestandteilen des Vermögens, es versteht sich aber von selbst, daß damit auch eine Beseitigung des Ver-

---

[1]) ERGSt. Bd. 9 S. 231.
[2]) ERGSt. Bd. 61 S. 407.
[3]) ERGSt. Bd. 3 S. 785, ferner Bd. 38 S. 227.
[4]) so Wach, Binding, Frank, Meyer, Allfeld, Olshausen a. a. O., a. M. nur Schwering Diss. zu § 288, der diese Begrenzung ablehnt, mit der Begründung, daß dem Sinne des Gesetzes nach nicht der Erfolg der Vereitelung bestraft werden solle, sondern die böse Absicht als solche und der glaubt, daß das Absichtsdelikt durch eine derartige Begrenzung zum Erfolgsdelikt umgeformt würde, was übrigens tatsächlich, wie sich später zeigen wird, in den Entwürfen geschieht. Im übrigen übersieht er aber bei seinem Standpunkt, daß § 288 ein konkretes Gefährdungsdelikt ist, d. h. daß ein bestimmter Zustand gefährlich sein **kann** und daß die Herbeiführung dieses Zustandes nur strafebedroht ist, **wenn** er gefährlich ist.

mögens in toto strafbar ist. Denn eine Beseitigung des Ganzen ist nicht möglich, ohne auch dessen Teile damit zu erfassen.

Unter den Sachen scheiden solche als Objekte der Handlung aus, die rechtlich pfändbar, aber tatsächlich wertlos sind, weil sie einen Vermögenswert nicht darstellen. Ein Fall, der in der Praxis wohl kaum vorkommen wird; denn hat eine Sache keinen Wert, so hat weder der Gläubiger ein Interesse an der Pfändung, noch der Schuldner ein solches an deren Vereitelung.

Hervorzuheben wäre noch, daß Sachen im Sinn des BGB. § 90 und auch dieser Gesetzesbestimmung die Wertpapiere sind, da sie als Träger des in ihnen verbrieften Rechts zu dessen Ausübung unentbehrlich sind [5]).

Anders die Legitimationspapiere des § 808 BGB., da hier das in ihnen beurkundete Recht selbständig gepfändet wird und erst nach Pfändung und Ueberweisung des Rechts kann der Gläubiger die Papiere herausfordern [6]).

Werden bloße Beweisurkunden beseitigt, etwa ein Schuldschein, so liegt darin, da dieselben keinen Vermögenswert darstellen, keine Vereitelung. Das durch sie beweisbare Recht besteht auch nach Beseitigung und kann geltend gemacht werden [7]).

Bestünde das Bedürfnis, eine solche Beseitigung zu bestrafen, so könnte man vielleicht argumentieren, daß die Beseitigung eine erhebliche Erschwerung der Rechtsverfolgung bedeutet, die mindestens dieselbe Wirkung hat, wie bei einem körperlichen Gegenstand sein Verstecken und hier erkennt das Reichsgericht [8]) die Anwendung des § 288 an.

Neben den Sachen sind Gegenstände der Zwangsvollstreckung die Rechte. In Betracht kommen nur die Vermögensrechte, alle übrigen Personen- und Familienrechte scheiden aus.

Ein interessantes Kapitel ist hier die Pfändbarkeit der Forderungen. Zunächst gibt die Zivilprozeßordnung [9]) eine Aufstellung unpfändbarer Forderungen. Soweit darnach die Forderungen pfändbar sind, ist es unerheblich, ob sie fällig oder nicht, bedingt oder unbedingt sind. Ebenso ist die von einer Gegenleistung abhängige Forderung pfändbar, denn sie steht zwischen einer bedingten und unbedingten Forderung.

Neben den Forderungen wären als Rechte zu nennen, die dem Schuldner zustehenden Grunddienstbarkeiten, beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten und der Nießbrauch. Ferner Hypotheken, Grund- und Rentenschulden und Pfandrechte.

---

[5]) vergl. hiezu Stein-Jonas zu § 821.
[6]) vergl. § 836 Abs. 3 ZPO.
[7]) ERGSt. Bd. 26 S. 9 ff.
[8]) ERGSt. Bd. 35 S. 62.
[9]) §§ 850 ff. ZPO.

Hier ist im einzelnen Fall an Hand der geltenden Regeln des Zivilrechts zu prüfen, ob eine Sache Bestand des Vermögens des Schuldners ist oder nicht. Stets aber müssen die Gegenstände Bestandteile seines Vermögens, d. h. des Vermögens des Schuldners sein. Daraus folgt, daß der Schuldner, wenn er zur Herausgabe einer fremden Sache verpflichtet ist, und er diese durch Veräußern oder Beiseiteschaffen beseitigt, aus § 288 nicht strafbar ist, wenngleich er die auf die Erzwingung der Herausgabe gerichtete Zwangsvollstreckung vereitelt. Trotzdem findet sich hier keine Lücke des Gesetzes, wie Lenz [10]) anzunehmen scheint, da diese Fälle wohl immer eine Unterschlagung oder Sachbeschädigung seitens des Schuldners darstellen und dann als solche strafbar sind und hier der Strafrahmen außerdem noch ein bedeutend weiterer ist.

Auch hier taucht wieder die Frage auf, wie es sich mit Sachen verhält, über die auf Grund eines strafrichterlichen Urteils die Einziehung [11]) verhängt ist. Es fragt sich nämlich, wie lange die Sache hier im Eigentum und somit im Vermögen des Verurteilten sich befindet.

Nach richtiger Ansicht [12]) ist „die Einziehung Verwirkungsstrafe; mit Rechtskraft des Urteils geht der Verurteilte seines Eigentumsrechts am Einziehungsgegenstand verlustig und dieses auf den Staat über".

Auch das Reichsgericht [13]) steht auf dem Standpunkt, daß vor der Rechtskraft des auf Einziehung lautenden Urteils das Eigentum auf den Fiskus nicht übergeht. Der Entwurf von 1927 vertritt diese Ansicht ebenfalls ausdrücklich [14]).

Daraus ergibt sich, daß eine Vollstreckungsvereitelung in Ansehung der einzuziehenden Sache nur bis zur Rechtskraft des Urteils möglich ist, wenn man nicht überhaupt die Anwendung des § 288 auf die Vereitelung der Einziehung wegen des Strafcharakters derselben verneint [15]).

Im Allgemeinen wird man annehmen müssen, daß der Schuldner sich auch dann eines Vergehens der Vollstreckungsvereitelung schuldig macht, wenn er in der Absicht, die Vollstreckung zu vereiteln, Gegenstände seines Vermögens beiseiteschafft, während noch andere Vermögensbestandteile in solchem Umfange vorhanden sind, daß der Gläubiger aus diesen befriedigt wird. Doch wird dem Schuldner hier die Absicht wohl selten nachzuweisen sein.

---

[10]) a. a. O. S. 124.

[11]) § 40 RStGB.

[12]) vergl. Schötensack, der Konfiskationsprozeß S. 12 und die dort in Anm. 2 zitierten.

[13]) RGSt. Bd. 15 S. 164.

[14]) § 52 Abs. 5 „mit der Rechtskraft der Entscheidung geht das Eigentum. oder das andere Recht über".

[15]) so geschehen oben in § 6.

§ 11.

Das Veräußern und Beiseiteschaffen.

Die Handlung, durch die der gesetzliche Tatbestand erfüllt wird, d. h. die die Zwangsvollstreckung vereitelt, ist im Gesetz durch die beiden Tätigkeitsworte „veräußern" und „beiseiteschaffen" umrissen. Diese beiden Worte legen also den Komplex der Tätigkeiten fest, durch die Gegenstände aus dem Vermögen des Schuldners entfernt werden müssen, um diesen strafällig zu machen. Diese Eigenart ist das gemeinsame Merkmal beider. Dabei schließen sie einander nicht aus, sind nicht konträr, sondern sind nur Modifikationen desselben Tuns. Es ist sonach eine alternative Feststellung beider in einem Urteile zulässig. Wach [1]) geht sogar soweit zu sagen, daß sie überhaupt einen einheitlichen Begriff bilden, für den nur ein gemeinsamer Name nicht gefunden wurde.

Doch ein gewisser Unterschied besteht immerhin, den man am einfachsten auf die Formel bringt: veräußern ist Entfernen von Vermögensstücken durch rechtliche Handlung, beiseiteschaffen durch tatsächliche Handlung.

Obgleich unzweifelhaft ist, daß unter Veräußern nicht nur die rechtsgeschäftliche Aufgabe des Eigentumsrechts an einer Sache zu verstehen ist, sondern jede Verfügung des Schuldners, durch die er einen ihm gehörenden Vermögensbestandteil aufgibt, mitumfaßt wird, ist die Definition Wach's [2]) doch zu umfassend, wenn er formuliert: „Ausscheiden aus dem Vermögen im Sinne der Vollstreckungsmasse".

Das Veräußern. Liszt bringt den tunlicher Weise zu wahrenden Unterschied in seine Definition, in dem er sagt [3]), „Veräußern ist die entgeltliche oder unentgeltliche Uebertragung der rechtlichen Verfügungsmacht an einen andern."

Zunächst erfüllt selbstverständlich die Veräußerung im engeren Sinn, d. h. die Uebertragung des Eigentums an einen Dritten den Tatbestand des § 288 StGB.

Ferner fällt hieher auch die Aufgabe des Eigentums seitens des bisherigen Eigentümers (Dereliktion).

Kommt aber bei einer Veräußerung der volle Gegenwert in das Vermögen, so liegt eine strafbare Handlung nicht vor.

Zu scheiden ist ferner das Verpflichtungs- vom Verfügungsgeschäft. Ersteres, etwa der Abschluß eines Kaufvertrags nach § 433 BGB. ist noch keine Veräußerung, solange die Eigentumsübertragung fehlt.

Weiterhin stellt auch die Begründung dinglicher Rechte Dritter an der Sache, obgleich sie dadurch nicht völlig aus dem Vermögen ausscheidet,

[1]) Wach a. a. O. S. 60.
[2]) Wach a. a. O. S .59.
[3]) Liszt-Schmidt, S. 662 Note 9 zu § 839.

eine Veräußerung dar. Dadurch wird die Zwangsvollstreckung ebenfalls vereitelt, oder kann zum mindesten wesentlich erschwert werden.

Zu nennen sind hier die Bestellung von Pfandrechten [4]), Hypotheken, Grundschulden, Dienstbarkeiten usw.

Auch die Begründung obligatorischer Rechte, etwa durch Vermietung, oder Verpachtung, ist eine Veräußerung, obgleich Frank [5]) zuzugeben ist, daß hier der Gläubiger den Herausgabeanspruch des Eigentümers (gegen den zur Herausgabe nicht bereiten Mieter oder Pächter) pfänden und sich zur Einziehung überweisen lassen kann [6]). Doch ist dieser Anspruch jedenfalls im Verhältnis zur Sache selbst minderwertig, und außerdem kommt bei der Verpachtung noch hinzu, daß die Früchte dem Gläubiger entzogen werden, da sie in das Eigentum des Pächters fallen.

Analog der Veräußerung von Sachen vollzieht sich auch die von Rechten. Auch sie kann Uebertragung, oder Aufgabe des Rechts, sein.

Bei einer Forderung wäre zu nennen der Erlaß und die Zession [8]). Diese Handlungen sind selbstverständlich alle zivilrechtlich erlaubt, was aber kein Einwand gegen die Strafbarkeit aus § 288 bedeutet, da sie nur deshalb strafbar werden, weil sie bei drohender Zwangsvollstreckung und in der Absicht, die Befriedigung des Gläubigers zu vereiteln, begangen werden [9]).

Nicht strafbar wäre unter denselben Umständen die Einziehung einer Forderung durch den Schuldner, weil hier auch wiederum, wie oben schon ausgeführt wurde, zum Ersatz für die erlöschende Forderung, das Geld in die Vermögensmasse kommt.

Keine Veräußerung stellt dagegen der Nichterwerb eines Vermögensstücks dar, etwa die Ausschlagung einer Erbschaft. Das Reichsgericht [10])

---

[4]) das Reichsgericht führt in Bd. 32 S. 20 aus, „daß die Verpfändung einer Sache wie jede andere Belastung derselben mit dinglichen Rechten zu der Sachveräußerung gehöre, eine parzielle Veräußerung der Sache enthalte, ist nicht zu bezweifeln. Das dem Dritten eingeräumte jus in re gelangt zwar erst durch die Bestellung an den Dritten zur äußeren Erscheinung und selbständigen Existenz, ist es jedoch auch vor der Bestellung im Sacheigentum und in dem durch das Letztere gewährleisteten Rechte unbeschränkter Herrschaftsausübung über die Sache unter Ausschluß jedes Dritten enthalten, und als solches bildet, wenn auch äußerlich nicht in Erscheinung tretend, dennoch einen Bestandteil, der aus dem Eigentumsrecht fließenden vermögensrechtlichen Befugnisse und insofern Bestandteil des Vermögens".

[5]) Frank a. a. O.

[6]) §§ 808 und 847 ZPO.

[7]) ERGSt. Bd. 6 S. 100.

[8]) ERGSt. Bd. 35 S. 62.

[9]) Umhausen „Das strafbare Vereiteln der Zwangsvollstreckung in Forderungen". In Zeitschrift für die gesamte Rechtswissenschaft Bd. 35 S. 208.

[10]) J.W. 1902 S. 519.

nimmt hier allerdings einen anderen Standpunkt ein. Gegen diesen spricht, wie Gerland [11]) mit Recht ausführt, „die Bestimmung, wonach dem Gemeinschuldner trotz entzogener Dispositionsfähigkeit über die Masse das Recht gewahrt ist, auch während des Konkursverfahrens eine angefallene Erbschaft auszuschlagen (§ 9 KO.)“

Das Beiseiteschaffen. Das Reichsgericht [12]) bestimmt den Begriff wie folgt: „Jede Behandlung von Vermögensbestandteilen, welche dieselben dem Zugriff im Zwangsvollstreckungsverfahren entzieht, bewegliche also für den Gläubiger in diesem Verfahren unangreifbar macht. Was dabei aus dem Bestandteil wird, ist für den Tatbestand des Gesetzes gleichgültig. Insbesondere ist es unerheblich, ob sie dem Schuldner noch Nutzen gewähren können oder nicht.“

Das gemeinsame Merkmal mit dem Veräußern liegt darin, daß beidemale der Gegenstand dem Zugriff des Gläubigers entzogen wird. Im Gegensatz zum Veräußern geschieht aber das Beiseiteschaffen durch tatsächliches Entfernen aus der Vermögensmasse, während die Gegenstände rechtlich aus dem Vermögen n i c h t ausscheiden, insofern bewährt sich Wachs Theorie des Veräußerns, als Ausscheiden aus dem Vermögen im Sinne der Vollstreckungsmasse“.

In erster Linie kann der Schuldner die Sache verstecken. In welcher Art er das tut, bleibt gleichgültig. Er kann sie bei sich selbst verstecken oder bei einem anderen mit oder ohne dessen Wissen unterbringen. Auch das Verleihen ist beiseiteschaffen. Aus dem eben Gesagten geht schon hervor, daß Fortschaffen von einem Ort zum andern zur Erfüllung des Tatbestands des Beiseiteschaffens nicht erforderlich ist [13]).

Merkwürdigerweise besteht über die wirksamste Form des Beiseiteschaffens, nämlich das Zerstören, Streit. Allerdings wird in der Praxis [14]) angenommen, daß auch dieses ein Beiseiteschaffen darstellt und so Strafbarkeit im Sinne des § 288 vorliegt. „Ein innerer Grund läßt sich dafür nicht auffinden, die wirksamste Form der Entziehung aus der drohenden Zwangsvollstreckung straflos zu lassen und es als Schuldausschließung zu behandeln, wenn ein Schuldner erfolgreich mit dem Entschluß tätig wird, Sachen, an die sich ein Gläubiger halten will, mit eigenem Verluste derselben zu beseitigen“.

Nicht nur bezüglich beweglicher Sachen, wird dieser Standpunkt vertreten, sondern auch auf unbewegliche Sachen und Forderungen ausgedehnt, und wohl mit Recht. Denn ebenso strafwürdig ist jemand, der sein Haus in Brand steckt, oder mittels Durchstechung eines Deiches vollkommen

---

[11]) Gerland a. a. O. S. 488.
[12]) ERGSt. Bd. 19 S. 25.
[13]) ERGSt. Bd. 22 S. 242.
[14]) ERGSt. Bd. 19 S. 25 ff.

unter Wasser setzt. Obgleich hier allerdings meist auch andere und schwerere Strafbestimmungen Platz greifen und insofern das Bedürfnis mit der Ausdehnung des § 288 eine fühlbare Lücke auszufüllen, nicht besteht.

Dagegen wird es von der Literatur wie vom Reichsgericht[15]) abgelehnt, eine bloße Beschädigung oder Entwertung von Gegenständen als Beiseiteschaffen anzusehen. Geht man von dem Wort und Begriff des Beiseiteschaffens aus, so erscheint diese Entscheidung zutreffend. Das Reichsgericht glaubt in der nur quantitativen Verminderung des Sachwerts und einer dadurch eintretenden Schmälerung der Befriedigungsmöglichkeit des Gläubigers keinen genügenden Strafgrund zu sehen. Es kann aber der Vorwurf einer gewissen Inkonsequenz nicht verschwiegen werden, wenn man die hier eingenommene Stellung vergleicht mit der entsprechenden Entscheidung und deren Begründung, in der der Ansicht Ausdruck gegeben wird, daß die Begründung eines obligatorischen Rechts an einer Sache ein Veräußern darstelle. Denn es ist ohne weiteres klar, daß dem höchsten Gericht hier die Möglichkeit geboten war, durch gleichartige Entscheidungen in analog gelagerten Fällen eine Fortentwicklung der beiden Begriffe nach denselben Grundsätzen zu gewährleisten und so die Grundlage für die Aenderung in einem Entwurf zu schaffen. Wie sich später zeigen wird, hat trotz widerstreitender Judikatur derselbe Gedanke sich doch durchgesetzt und eine Ergänzung des Entwurfs in beiden Beziehungen gebracht.

Uebrigens ist keineswegs erforderlich, daß die Sache der Pfändung dauernd entzogen wird, auch in einer zeitweiligen Entziehung ist ein Beiseiteschaffen zu erblicken[16]).

Während hingegen das bloße Verschweigen oder Ableugnen eines Vermögensbestandteils, oder das unrichtige Angeben des Besitzes, oder eines Aufbewahrungsortes, nicht ausreicht, den Schuldner straffällig werden zu lassen.

Das Scheingeschäft, welches, da rechtlich die so weggebrachten Sachen nicht aus dem Vermögen des Schuldners ausgeschieden werden, kein Veräußern darstellt, bringt aber doch die Gegenstände aus dem Bereich des tatsächlichen Zugriffs, des Gläubigers, bezw. des Vollstreckungsbeamten, und ist insofern ein Beiseiteschaffen und strafbar[17]).

So wäre abschließend nochmals zusammenzufassen:

Das Veräußern ist nicht bloß Entäußerung des Eigentums, sondern jede Handlung, durch welche ein Vermögensstück der Zwangsvollstreckung r e c h t l i c h entzogen wird und Beiseiteschaffen ist jede Tätigkeit, durch die ein Objekt der Zwangsvollstreckung t a t s ä c h l i c h entzogen wird, wenn sie in Wirklichkeit stattfinden sollte.

---

[15]) ERGSt. Bd. 42 S. 62.
[16]) ERGSt. Bd. 39 S. 80.
[17]) ERGSt. Bd. 27 S. 213.

§ 12.

Die innere Tatseite.

Liegen die objektiven Merkmale der Tat vor, so muß sich zu ihnen, soll die Strafbarkeit der Handlung vorliegen, das Verschulden des Täters gesellen. Dieses Verschulden ist und bleibt der Kernpunkt einer jeden strafbaren Handlung, ohne dieses kann wohl civilrechtlich trotzdem ein Täter zum Ersatz des Schadens verpflichtet sein, niemals aber kann ihn strafrechtliche Ahndung für seine Handlung treffen.

Der § 288 fordert als Voraussetzung beim Täter die Absicht der Vereitelung. Hieraus geht einmal mit Sicherheit hervor, daß ein fahrlässiges Begehen des Delikts auf alle Fälle ausgeschlossen ist. Da die Absicht mehr Vorstellungsmomente der Tat erfordert als selbst der Vorsatz. Damit ist zur Festlegung des Begriffs „Absicht" die Grenze nach unten gezogen, d. h. mit weniger als dolus, (auch dolus eventualis fällt weg), auf der inneren Tatseite ist die Begehung des Delikts der Vollstreckungsvereitelung nicht möglich. Es wird in subjektiver Beziehung außer dem Vorsatz in Ansehung der Handlung selbst die Absicht erfordert, die Befriedigung des Gläubigers zu vereiteln. Der Täter muß den bestimmten Willen haben, daß die bevorstehende Zwangsvollstreckung nicht zur vollen Befriedigung des Gläubigers führen soll, nicht verlangt ist aber, daß er die endgültige Schädigung des Vermögens des Gläubigers beabsichtige.

Das Reichsgericht sagt ebenfalls „das Bewußtsein, daß der Erfolg mit Bestimmtheit eintrete, genüge" [1]).

Denn das von § 288 aufgestellte Tatbestandsmerkmal der Absicht, die Befriedigung des Gläubigers zu vereiteln, bedeutet nicht, daß der Täter sich diesen Erfolg zum Endzweck seines Tuns gesetzt haben müsse; vielmehr genügt es, wenn er ihn als notwendige und unvermeidliche Folge seines Tuns vorausgesehen und in seinen Willen mit aufgenommen hat [2]).

Im Gegensatz hierzu verstehen manche [3]) darüber hinaus unter Absicht, daß sie als Zweck und Beweggrund des Handelns aufgefaßt werden müsse. Diese Auslegung dürfte aber, vor allem auch mit Rücksicht auf die Praxis, zu weit gegangen sein. Ist es schon an und für sich immer schwer, die innere Tatseite dem Täter nachzuweisen, denn sie kann nur aus den die konkrete Handlung begleitenden Umständen gefolgert werden, so steigert sich diese Erschwerung mit jeder Nuance und vor allem je höhere Anfordernisse man hier an die Voraussetzung der Strafbarkeit stellt. Diese Ueberspannung der inneren Tatseite liegt aber hier bestimmt nicht im Sinn der Bestimmung und es ist deswegen der vom Reichsgericht gewählten

[1]) ERGSt. Bd. 27 S. 241.
[2]) ERGSt. Bd. 59 S. 315 ff.
[3]) so Frank, Gerland, Binding u. a.

„mittleren Linie“ beizustimmen, wenn man nicht überhaupt den dolus direktus als ausreichend erachten will, wie die Entwürfe es tun. Doch hierauf soll später zurückgekommen werden.

Es ist noch zu erwähnen, daß das höchste Gericht[4]) dann die Absicht verneint, wenn der Täter weiß oder annimmt, daß die veräußerte Sache der Zwangsvollstreckung entzogen sei.

§ 13.

Der Antrag und die Strafe.

Bedingung der Strafverfolgung ist nach Absatz 2 der gesetzlichen Bestimmung der Antrag des Gläubigers. Wer Gläubiger sein kann, wurde oben in § 9 erörtert. Antragsberechtigt ist jeder Gläubiger, dessen Befriedigung vereitelt werden sollte, nachdem von seiner Seite eine Zwangsvollstreckung drohte.

Die gesetzliche Vertretung in der Antragsstellung ist gemäß § 65 StGB. nur für geschäftsunfähige und minderjährige Personen zugelassen.

Allerdings schreibt das Gesetz die persönliche Erklärung des Antrags nicht vor. Es ist also die Stellvertretung in der Erklärung auf Grund einer Vollmacht unbeschränkt zulässig.

Die Frage, ob es de lege ferenda angebracht erscheint, das Antragsdelikt in ein Offizialdelikt umzuwandeln, bleibt einer späteren Behandlung vorbehalten.

Die Antragsfrist des § 61 StGB. beginnt mit dem Tage, an welchem der Gläubiger Kenntnis davon erhält, daß der Schuldner Gegenstände seines Vermögens in der durch das Gesetz unter Strafe gestellten Art und Weise entfernt hat.

Die Strafe ist Gefängnis von einem Tag bis zu zwei Jahren, oder Geldstrafe von 1 RM. bis zu 2000 RM. Der Versuch ist gemäß § 43 Abs. 2 StGB. straflos.

§ 14.

Teilnahme.

Ueber die Anstiftung ist besonderes nicht zu sagen. Jede deliktsfähige Person ist hiezu fähig.

Mittäterschaft ist nach § 47 dann gegeben, wenn mehrere eine strafbare Handlung gemeinsam ausführen. In subjektiver Hinsicht müssen sie also den dolus zu gemeinsamer Begehung haben. Hier ergeben sich auch

[4]) ERGSt. Bd. 59 S. 315.

beim § 288 keine sonderlichen Schwierigkeiten. Objektiv wird gefordert, daß jeder die Tatbestandsmerkmale der Handlung als Täter verwirklicht. Diese Möglichkeit hat bei der Vollstreckungsvereitelung nur der, dem als Schuldner eine Zwangsvollstreckung droht und der Bestandteile seines Vermögens veräußert. Damit erhellt ohne weiteres, daß die Vollstreckungsvereitelung ein Sonderdelikt ist[1]).

Beihilfe liegt nach § 48 StGB. vor, bei jedem der dem Täter zur Begehung des Delikts durch Rat und Tat wissentlich Hilfe leistet. Solche Handlungen sind auch möglich von Personen, die das Delikt als Täter nicht begehen können. Der wichtigste Fall der Beihilfe wird sein, wenn der Erwerber bei einer Veräußerung des Schuldners dessen Vereitelungsabsicht kennt und den Willen hat, ihm hiebei behilflich zu sein. Dieser Schluß kann meist dann gezogen werden, wenn die beim Erwerb vom Schuldner gemachte Gegenleistung in keinem Verhältnis zum Erwerbe steht. Andernfalls wird meist die rechtswidrige Absicht fehlen, oder zum wenigsten schwer nachweisbar sein.

Vergleichende und kritische Betrachtungen, soweit sie nicht schon in der Arbeit enthalten sind, werden im dritten Teil der Behandlung der Entwürfe berücksichtigt werden müssen.

B. Das Vergehen des § 289.

§ 15.

Stellung im Gesetz und Name.

Es wäre falsch, aus der Stellung des § 289 im 21. Abschn. unter dem Titel „Strafbarer Eigennutz" (und Verletzung fremder Geheimnisse) irgendwelche Schlüsse zu ziehen. Wie dieser Abschnitt im großen und ganzen systematisch zu beurteilen ist, wurde schon im vorhergehenden Abschnitt bei der Besprechung derselben Frage in Bezug auf den § 288 besprochen. Weitere Ausführungen erübrigen sich deswegen. Ueber die Frage der Aenderung und Verbesserung wiederum wird im III. Abschn. bei der Besprechung der Entwürfe einiges zu sagen sein.

Selbstverständlich ist das rechtliche Moment aller dieser Delikte der Eigennutz, d. h., für den Tatbestand der Handlung sind daraus keinesfalls irgendwelche Schlüsse zu ziehen.

Um die Benennung des Delikts des § 289 hat sich Lenz[1]) bemüht. Nun erscheint aber die Wahl eines Namens für ein Delikt wohl kaum von solcher Wichtigkeit wie sie Lenz annimmt. Im allgemeinen wird eine Be-

[1]) vergl. Olshausen a. a. O.
[1]) a. a. O. S. 96.

nennung, ist sie wirklich treffend, sich auch durchsetzen. Lenz' Bezeichnung „Pfand- und Nutzkehr" hat weder in der Wissenschaft noch in der Praxis Anklang gefunden. Man ist bei dem aus dem deutschen Recht stammenden Wort „Pfandkehr" geblieben, obgleich hier bei der Benennung pars pro toto gesetzt wird, denn § 289 umfaßt neben dem strafrechtlichen Schutz des Pfandsrechts auch den der Nutznießung des Gebrauchs- und Zurückbehaltungsrechts.

Der zweite vom Reichsgericht gebrauchte Name ist der der Besitzentziehung oder Entwendung. Diese Bezeichnung ist offensichtlich ein Ueberbleibsel des römisch rechtlichen furtum possessionis und auch nicht bedenkenfrei.

Die Entwürfe haben sich deswegen keiner dieser Bezeichnungen angeschlossen, sondern wiederum eine Neuprägung vorgenommen, in dem sie sowohl das Delikt, als auch den etwas umfassenderen Abschnitt mit „Rechtsvereitelung" überschreiben.

Es soll zu den Bezeichnungen de lege lata nicht Stellung genommen und nicht der einen oder andern der Vorzug gegeben werden, sondern sie werden beide nebeneinander gebraucht werden [2]).

§ 16.

Die Objekte der Handlung.

Die direkten Angriffsobjekte, gegen die sich das Vergehen aus § 289 richtet, sind bewegliche Sachen, an denen ein Pfand-, Nutznießungs-, Gebrauchs- oder Zurückbehaltungsrecht besteht. Es können Sachen sein, die im Eigentum des Täters stehen, und solche die ihm fremd sind. Es ist in erster Linie bei allen vier aufgezählten Variationen der Besitz der geschützt werden soll. Im Unterschied von § 288, wo es sich um den Schutz eines Anspruchs, also eines obligatorischen Rechts handelt, soll hier ein dingliches geschützt werden.

So kommen wir schon zum nächsten Punkt. Nicht jeder Besitz schlechthin soll geschützt werden, sondern der Besitz, der kraft eines der vier im Gesetz aufgezählten Rechte besteht. Es ist nicht so, daß etwa ein Gläubiger, der eine Sache seines Schuldners ohne irgend einen dieser Rechtsgründe zufällig in die Hand bekommen hat, jetzt durch § 289 vor einer Wegnahme seitens des Schuldners geschützt ist.

---

[2]) Eine weitere Bezeichnung: „Besitzrechtstörung" wird von Harburger verwendet, s. vergl. Darstellung Bd. 6 S. 322.

So sagt das Reichsgericht [1]): „§ 289 schützt nicht den Besitz als solchen, sondern den Besitz, welcher auf einem Recht zum Besitz beruht“ und in einer anderen Entscheidung, „diese Strafvorschrift hat den Zweck, das Besitzrecht des Pfandgläubigers, Nutznießers usw. an den seinem Recht unterworfenen Sachen gegen rechtswidrige Angriffe des Eigentümers der Sachen zu schützen“.

De lege lata ist zunächst weiter festzustellen, daß geschützt im Rahmen des § 289 nur bewegliche Sachen sind; von vornherein scheiden also Immobilien aus unserer Betrachtung aus. Allerdings ist hier noch zu sagen, daß der Begriff der beweglichen Sache in möglichst weitem Sinne verstanden wird. So fallen unter diesen Begriff auch Bodenerzeugnisse und Grundstückszubehör [2]). Es ist hier eben nicht die Begriffsbestimmung des § 90 BGB. maßgebend, vielmehr ist „entscheidend nur der natürliche der Sprache des Volkes entsprechende Sinn des Wortes und dieser setzt Körperlichkeit des Gegenstandes voraus“ [3]).

Daraus ergibt sich sofort, daß neben den unbeweglichen Sachen auch Rechte insoweit ausfallen, als nicht eine Sache zu Grunde liegt, z. B. Forderungen, wenn sich nicht das Pfand usw. auch mit auf die Urkunde der Forderung erstreckt.

Bei allen diesen Rechten ist zur Feststellung der Schutzwürdigkeit zu prüfen, ob die Forderungen, die den betreffenden Rechten zu Grunde liegen, auch zu Recht bestehen und ob die zu Grunde liegenden Rechtsgeschäfte gültig im Sinn der entsprechenden civilen Rechtsnormen sind.

Bei nichtigen Rechtsgeschäften liegt niemals Pfandkehr vor.

Ist das Rechtsgeschäft anfechtbar, so kann bis zur Erklärung der Anfechtung der Tatbestand des § 289 an diesem Recht verwirklicht werden. Allerdings muß, wenn das Recht als bestehend festgestellt ist, noch das zweite Erfordernis geprüft werden, ob nämlich das betreffende Recht tatsächlich durch den Besitz ausgeübt wird. Ueber diese Doppelvoraussetzung, die Stein [4]) kurz und treffend in der Definition „Rechte zum Besitz“ zusammenfaßt, sind schon oben Ausführungen gemacht worden.

Die Frage, was eigentlich hier unter Besitz verstanden wird, soll im Rahmen des § 21 behandelt werden.

Zu der Untersuchung der Frage, welche Rechte im wesentlichen unter die vier im Gesetz aufgezählten Kategorien einzuräumen sind, muß auf das civile Recht zurückgegriffen werden. Es kommen als wichtigste Quellen das BGB., das HGB. und daneben noch die Landesrechte, sowie auch einige Gesetze öffentlichen Rechts, so vor allem die ZPO. in Betracht. Wir wenden uns jetzt der Einzelbetrachtung dieser Kategorien zu.

---

[1]) ERGSt. Bd. 3 S. 277 und Binding Normen Bd. 2 S. 549.
[2]) ERGSt. Bd. 35 S. 67 und Bd. 18 S. 128.
[3]) von Bülow in Goltdammers Archiv Bd. 45 S. 321. Ebenso Harburger a. a. O. S. 189.
[4]) Stein in „Gerichtssaal“ Bd. 49 S. 372.

§ 17.

Die Nutznießung.

Der Ausdruck Nutznießung ist kein gesetzestechnischer Ausdruck. Im familienrechtlichen Teil des BGB. wird allerdings das Wort Nutznießung des öfteren gebraucht. Um festzustellen, was mit dieser Bezeichnung gemeint ist, ist es wohl am besten, von der im Gesetz gegebenen Definition der „Nutznießung" auszugehen. § 100 BGB. sagt: „Nutzungen sind die Früchte einer Sache oder eines Rechts, sowie die Vorteile, welche der Gebrauch der Sache oder des Rechts gewährt".

Es kommt hier in erster Linie der Nießbrauch in Betracht. Nießbrauch [1]) ist das Recht, sämtliche Nutzungen einer belasteten Sache zu ziehen. Von vornherein ergibt sich aber aus dem Wortlaut des Gesetzes, de lege lata, daß es sich nur um den Nießbrauch an beweglichen Sachen handeln kann. Die Beschränkung durch Ausschluß einzelner Nutzungen [2]) ist im konkreten Fall zu berücksichtigen.

Prinzipiell ist es gleichgültig, ob der Rechtsgrund des Nießbrauchs auf Vertrag [3]), Gesetz [4]), letztwilliger Verfügung [5]) oder Ersitzung begründet ist.

Auf die weiteren civilrechtlichen Einzelheiten wird nicht eingegangen, da sie für die strafrechtliche Würdigung nicht von Bedeutung sind.

§ 18.

Das Pfandrecht.

Das Wichtigste der geschützten Rechte, und deren Verletzung das Hauptanwendungsgebiet, des § 289, ist das Pfandrecht. Pfandrecht ist das zur Sicherung einer Forderung bestimmte Recht an einer fremden beweglichen Sache, oder einem Rechte, das dem Gläubiger die Befugnis zur Befriedigung einer Sache gewährt.

„Der Schutz des § 289 erstreckt sich in gleicher Weise auf vertragsmäßige, wie auf gesetzliche Pfandrechte" [1]).

Nicht hieher gehören die durch Pfändung im Wege der Zwangsvollstreckung entstehenden sogenannten Pfändungspfandrechte. Ihnen steht der Schutz des § 137 StGB. zur Seite.

Das Vertragspfandrecht kommt nur in Betracht, soweit es sich auf bewegliche Sachen bezieht und ist im einzelnen in den §§ 1204 ff. BGB. geregelt. Die allgemeinen Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb ding-

---

[1]) vergl. § 1030 ff. BGB.
[2]) § 1030 Abs. 2 BGB.
[3]) § 1032 BGB.
[4]) §§ 1383, 1649, 1652 BGB.
[5]) vergl. §§ 2147 und 2174 BGB.
[1]) Ebermayer Komm. zu § 289 Note IV.

licher Rechte mit den entsprechenden Ausnahmen finden auch hier Anwendung [2]).

Die gesetzlichen Pfandrechte wären noch in einem kurzen Katalog aufzuzählen [3]). Auf sie finden die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über das Vertragspfandrecht Anwendung, mit der Ausnahme, daß der gutgläubige Erwerb eines gesetzlichen Pfandrechts nicht geschützt ist. Dieser Schutz des guten Glaubens greift nur bei rechtsgeschäftlicher Bestellung Platz.

a) Das Pfandrecht des Vermieters (§§ 559—563 BGB.) und Verpächters (§§ 581 und 585) an den eingebrachten Sachen des Mieters bezw. Pächters umfaßt nicht die unpfändbaren Sachen, welche sich nach § 811 ZPO. bestimmen [4]).

Doch umfaßt es die Sachen, welche nach den Bestimmungen der §§ 803 und 812 ZPO. nicht gepfändet werden sollen [5]).

b) Dem Pächter eines Grundstücks steht nach § 590 BGB. für die Forderungen gegen den Verpächter, die sich auf das mitgebrachte Inventar beziehen, ein Pfandrecht an den in seinen Besitz gelangten Inventarstücken zu.

c) Ebenso hat der Unternehmer nach § 647 BGB. für seine Forderungen aus dem Werkvertrage ein Pfandrecht an den von ihm hergestellten oder ausgebesserten beweglichen Sachen des Bestellers, wenn sie bei der Herstellung oder zum Zwecke der Ausbesserung in seinen Besitz gelangt sind.

d) Der Gastwirt hat nach § 704 BGB. ein Pfandrecht an den eingebrachten Sachen des Gastes für seine Forderungen für Wohnung und andere dem Gast zur Befriedigung seiner Bedürfnisse gewährten Leistungen mit Einschluß der Auslagen.

e) Nach HGB. § 397 hat der Kommissionär an dem Kommissionsgute ein gesetzliches Pfandrecht.

f) Der Spediteur [6]), der Lagerhalter [7]) und der Frachtführer [8]) haben an den Gütern, die den Gegenstand des Vertrages bilden, ein gesetzliches Pfandrecht.

Diese gesetzlichen Pfandrechte stehen hinsichtlich des Schutzes des guten Glaubens, einem vertragsmäßig erworbenen gleich.

---

[2]) vergl. § 932, 1207 BGB.
[3]) die Arbeit folgt hier im wesentlichen dem Kommentar von Ebermayer a. a. O.
[4]) ERGSt. Bd. 31 S. 310.
[5]) ERGSt. Bd. 38 S. 172. Golt.Arch. Bd. 52 S. 390. Wegen der Frage der Umgehung der Pfändungsgrenze, der sogenannten Kahlpfändung, s. u. in § 20.
[6]) § 410 HGB.
[7]) § 421 HGB.
[8]) § 440 HGB.

Voraussetzung zu e) und f) ist, daß das Gut Gegenstand der aufgeführten Geschäfte und pfändungsfähig ist und daß es ferner in einem Besitzverhältnis zum Pfändenden sich befindet, sei es mittelbarer oder unmittelbarer Besitz. Hier ist der häufigste Fall so gelagert, daß der Pfändende über das Gut mittels Konnossement, Lager- oder Ladescheins verfügen kann.

§ 19.

Das Gebrauchsrecht.

Der Begriff des Gebrauchsrechts ist im weitesten Sinne zu verstehen. Es kann auf den verschiedensten Rechtsverhältnissen beruhen. Ein Unterschied zwischen dinglichen und persönlichen, gesetzlichen und vertragsmäßigen, privatrechtlichen und öffentlich rechtlichen wird nicht gemacht [1]). Daher steht auch das obligatorische Verbrauchsrecht des Mieters [2]) und des Entleihers [3]) unter dem Strafschutz des § 289 StGB. [4]).

Wie weit der Begriff des Gebrauchsrechts vom Reichsgericht aufgefaßt wird, zeigt folgende Ausführung [5]): „Dem Gebrauchsberechtigten, dessen Befugnisse, wenn auch nicht ausschließlich, so doch vorzugsweise auch nur auf ein obligatorisches Rechtsverhältnis zurückzuführen sein werden, steht gleichfalls und zwar unterschiedslos bei allen Gebrauchsrechten der Schutz des § 289 zur Seite".

§ 20.

Das Zurückbehaltungsrecht.

Das Zurückbehaltungsrecht genießt den Schutz des § 289 ebenfalls im vollsten Umfang, ohne Rücksicht darauf, ob es ein gesetzliches oder vertragliches ist. Gleichgültig ist auch hier ferner, ob es dinglicher oder obligatorischer Natur ist [1]).

Auf Grund des Artikels 89 EG. BGB. kann auch auf Grund Landesrechts ein Zurückbehaltungsrecht begründet werden [2]).

Für das Zurückbehaltungsrecht des bürgerlichen Rechts maßgebend ist der § 273 BGB.: „Hat der Schuldner aus demselben rechtlichen Verhältnis, auf dem seine Verpflichtung beruht, einen fälligen Anspruch gegen den Gläubiger, so kann er, sofern nicht aus dem Schuldverhältnisse sich ein anderes ergibt, die geschuldete Leistung verweigern, bis die ihm gebührende Leistung bewirkt wird".

---

[1]) ERGSt. Bd. 32 S. 151.
[2]) §§ 535 ff. BGB.
[3]) §§ 598, 603 BGB.
[4]) ERGSt. Bd. 17 S. 358.
[5]) ERGSt. Bd. 37 S. 129.
[1]) ERGSt. Bd. 32 S. 15, Bd. 35 S. 151, Bd. 37 S. 118 und Bd. 63 S. 209.
[2]) ERGSt. Bd. 32 S. 13 und RG. in GoltArch. Bd. 48 S. 123,

So hat gemäß § 972 BGB. der Finder das Zurückbehaltungsrecht wegen Verwendungen an der gefundenen Sache. Ebenso der auf Herausgabe des Eigentums verklagte Besitzer.

Nach herrschender Ansicht kann ein obligatorisches Zurückbehaltungsrecht auch an Schuldscheinen, Versicherungspolicen u. a. Beweisurkunden bestehen, die mangels eines eigenen Vermögenswertes nicht Pfandrechtsobjekt werden können. Ueber das Zurückbehaltungsrecht an einer Versicherungspolice äußert das höchste Gericht[3]): „Weder der Ausgangspunkt der Ausführungen, daß das Bürgerliche Gesetzbuch die Bestellung eines dinglichen Retentionsrechts durch Vertrag nicht zuläßt, noch die Erwägungen, welche zu der Annahme geführt haben, daß die Police für sich allein nicht Gegenstand eines Faustpfandes sein könnte, sind geeignet, die Police der rechtsgeschäftlichen Verfügungsgewalt auch in dem Umfange zu entziehen, daß dieselbe nicht Gegenstand eines allerdings nur obligatorisch wirkenden und nur mittelbar zu Sicherungszwecken geeigneten Rechtsgeschäfts mit dem dargelegten Inhalte sein könnte".

Besonders geregelt ist das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht[4]). Es handelt sich hiebei um spezifisches Recht, das nur für Kaufleute aus beiderseitigen Handelsgeschäften — allerdings auch für Minderkaufleute — gilt.

Zum Schluß soll noch auf die wichtigste Streitfrage, die bezüglich des Zurückbehaltungsrechts existiert, eingegangen werden. Es ist dies die Frage, ob dem Vermieter an Gegenständen des Mieters, die an und für sich der Pfändung nicht unterworfen sind, gemäß § 811 ZPO. ein vertragsmäßiges Zurückbehaltungsrecht eingeräumt werden kann.

Der Zweck einer derartigen Bestellung soll und kann nur sein, das nach § 559 BGB. nicht zulässige Pfandrecht des Vermieters auf eine andere Weise zu erreichen und so diese dem Vermieter oft unangenehme Bestimmung zu umgehen. Diese Frage wurde vom Reichsgericht wiederholt bejahend beantwortet[5]).

Mit Recht schreibt Ebermayer[6]): „Dieser vom Reichsgericht vertretene Standpunkt ist unhaltbar". Es ist der Begriff des Zurückbehaltungsrechts in seiner Wesentlichkeit durchaus verkannt. Das wesentliche Merkmal eines jeden Zurückbehaltungsrechts besteht in der Befugnis einer Person, eine Leistung, die sie schuldet, zu verweigern, bis eine ihr gebührende Leistung bewirkt wird. Durch die Vereinbarung eines Zurückbehaltungsrechts an unpfändbaren Sachen erhält der Vermieter nicht die Befugnis, seine eigene Leistung zu verweigern, sondern die Befugnis, eine fremde Leistung zu for-

[3]) ERGSt. Bd. 51 S. 87.

[4]) § 369 HGB.

[5]) ERGSt. Bd. 35 S. 150, Bd. 37 S. 118. Gleicher Ansicht Harburger a. a. O. Bd. 6 S. 324.

[6]) Eberm. a. a. O. S. 389.

dern. Diese Befugnis ist ein rein obligatorischer Anspruch auf Herausgabe von Sachen, die im Besitz des Mieters sich befinden. Der Name Zurückbehaltungsrecht paßt auf den erwähnten Anspruch also nicht. Durch die falsche Bezeichnung, welche die Vertragsparteien dem Anspruch beilegen, wird die rechtliche Natur desselben nicht geändert. Die Parteien wollen ja auch eigentlich gar kein Zurückbehaltungsrecht des BGB. begründen, vielmehr ist die tiefere Absicht eines solchen Vertrages das vom Gesetz durch § 561 BGB. dem Vermieter gegebene Recht, auch auf die unpfändbaren Sachen auszudehnen. Und diese Ausdehnung ist unzulässig, denn diese Beschränkung des § 559 BGB. soll den Schutz der wirtschaftlich Schwächeren dienen, ist zwingenden Rechts und kann nicht durch private Vereinbarungen abgedungen werden.

Ob freilich mit dem Verbot der Kahlpfändung immer der gewünschte Zweck erreicht wird, ist sehr zweifelhaft, denn häufig wird gerade bei den sozial Schwachen und Schwächsten ihre bewegliche Habe in vollem Umfange zu den unpfändbaren Gegenständen gehören und entzieht man diese kraft Gesetzes — um wenigstens das Notwendigste jedem Menschen sicher zu stellen — dem Zugriff der Gläubiger, so ist damit diesen Leuten ihre letzte Möglichkeit der Mobiliarkreditbeschaffung genommen. Aber jedenfalls ist der herrschenden Meinung, die aber vom Reichsgericht nicht geteilt wird, trotz sozialer Bedenken dieser Bestimmung in ihrer letzten Konsequenz wenigstens insoweit zuzustimmen, daß es sich um ein „Zurückbehaltungsrecht" bei einer derartigen Abmachung niemals handeln kann.

§ 21.

Die Handlung.

Die Angriffshandlung beim Delikt des § 289 besteht in der Wegnahme. Selbst wenn man die Pfandkehr nicht einzig und allein aus dem römisch rechtlichen Begriff des furtum possessionis ableitet, liegt es sehr nahe, den Tatbestand des Strafgesetzes, in dem die Wegnahme eine Rolle spielt, heranzuziehen und die Frage aufzuwerfen: handelt es sich hier nicht nur um dasselbe Wort, sondern ist damit auch dieselbe Tätigkeit umrissen? Unterstützt wird die Bejahung dieser Frage noch dadurch, daß der Gesetzestext des § 289 in seiner übrigen Fassung auch noch auf den Diebstahl verweist. Ohne weiteres kommt Frank [1]) zu der Gleichstellung des Wegnehmens in § 242 und § 289: „Ein durchschlagender Grund, weshalb hier der Begriff des Wegnehmens anders gefaßt werden sollte als in § 242, ist nicht ersichtlich".

Im wesentlichen in gleicher Richtung bewegen sich auch die Entscheidungen des Reichsgerichts über die Begriffe der Wegnahme [2]).

[1]) Frank a. a. O.

[2]) eine Zusammenstellung findet sich bei Hinkel, Die Pfandkehr, Diss. Leipzig 1912.

Mit besonderer Deutlichkeit tritt diese Auffassung in der folgenden Formulierung zu Tage [3]): „Unter Wegnahme ist im Allgemeinen die Entfernung einer Sache aus dem Gewahrsam eines anderen zu verstehen und wie es in dieser Bedeutung nach § 242 RStGB. zum Tatbestand des Diebstahls gehört, so erscheint es gerechtfertigt, dem gleichen Ausdrucke bei der Definierung des in § 289 vorgesehenen verwandten Delikts im wesentlichen den gleichen Sinn beizulegen".

Es scheint zwar, als ob die Auffassung des Reichsgerichts keine ganz einheitliche wäre, wenigstens finden sich auch späterhin Entscheidungen, die der gegenteiligen Ansicht zuneigen, nämlich eine Verschiedenheit der Begriffe anzunehmen unter Erweiterung des „Wegnehmens" in § 289 [4]).

Diese Ansicht vertritt vor allem Binding [5]). Er verneint die Kongruenz beider Begriffe und versteht unter Wegnahme im Sinn des § 289 bald die Wegnahme der Sache aus der tatsächlichen Innehabung, bald aus juristischem Besitz, bald aus dem räumlichen Rechtsbereich.

So bedauerlich es einerseits ist, daß zwei gleichen in demselben Gesetz gebrauchten Worten jeweils verschiedene Bedeutung beigemessen werden soll, so begrüßenswert wäre doch die Erweiterung des Begriffs in § 289 gegenüber dem Wegnahmebegriff des Diebstahls. Denn im andern Fall sah sich das Reichsgericht gezwungen, um Schwierigkeiten, die bei dieser engen Auffassung des Begriffs entstehen mußten, aus dem Wege zu gehen, einen anderen neuen Begriff einzuführen, nämlich den des „besitzähnlichen Verhältnisses".

Praktisch wurde die Frage bei dem Pfandrecht des Vermieters. Eine tatsächliche Herrschaftsausübung desselben über die Mietssache ist zum mindesten solange das Pfand- oder Zurückbehaltungsrecht noch nicht ausgeübt und die Sache in den Gewahrsam des Vermieters übergegangen ist, nicht vorhanden. Somit würde das sogenannte „Rücken", d. h. das Wegschaffen der eigenen Sache aus der gemieteten Wohnung durch den Mieter in rechtswidriger Absicht nicht unter die Strafnorm des § 289 fallen.

Hier half sich nun die Praxis mit der Neubildung des oben erwähnten Begriffs des „strafrechtlichen Gewahrsams", des „besitzähnlichen Verhältnisses" und des „mittelbaren Besitzes", um einerseits an der engen Auslegung des Wegnahmebegriffs festhalten zu können und andererseits diese Fälle doch unter die Strafnorm zu bringen. Die Schaffung dieser neuen Begriffe für Verhältnisse, die nicht existieren, denn es gibt keinen strafrechtlichen Besitz usw., insbesondere nicht bei einem Tatbestande, der so eng mit dem Civilrecht verwachsen ist, wie der des § 289, erscheint wenig glücklich.

---

[3]) ERGSt. Bd. 25 S. 115.
[4]) vergl. ERGSt. Bd. 27 S. 225 und Bd. 38 S. 174.
[5]) Lehrbuch S. 289.

Ebenso wie Stein [6]) muß hier Lenz recht gegeben werden, der sagt [7]): „Das Reichsgericht hat im Bestreben dem herrschenden Bedürfnis nach einer Strafsanktion gegen den Mieter stattzugeben, die Sache am unrechten Platze angefaßt. Anstatt sich vom furtum possessionis loszulösen und in der Pfandkehr ein selbständiges Delikt zu sehen, hat es sich zur Aufstellung von Begriffen verleiten lassen, die weder dem Civilrecht noch dem Strafrecht angehören".

So ist der Begriff der Wegnahme weiter zu fassen als beim Diebstahl, um die Möglichkeit zu finden, alle gewünschten Modifikationen des Delikts zu erfassen und mit Ebermayer [8]) dahin zu formulieren: „Wegnahme ist jede Entfernung einer beweglichen Sache aus dem Machtbereich des Berechtigten, also jede Ortsveränderung, durch welche die tatsächliche Gewalt des Berechtigten über die Sache aufgehoben wird".

Die Art, wie die Entfernung im einzelnen Falle bewerkstelligt wird, ist gleichgültig [9]).

Aus dieser Feststellung folgert Olshausen [10]), daß da die Art der Wegnahme gleichgültig sei, dieselbe auch durch Zerstören erfolgen könne. Er steht mit dieser Ansicht, obgleich das Bedürfnis nach Bestrafung auch de lege lata vorhanden war, allein. Bei Zerstörung der Sache kommt dieselbe eben nicht, wie erforderlich, in das Gewahrsamsbereich des Täters.

Das Reichsgericht [11]) führt zur weiteren Begründung der Ablehnung, die übrigens allgemein gleichmäßig erfolgt, noch an: „Dafür, daß der Begriff der Wegnahme im Sinn des § 289 die Zerstörung nicht mit umfaßt, spricht auch der Umstand, daß in § 137 bezüglich der durch die zuständigen Behörden oder Beamten gepfändeten oder in Beschlag genommenen Sachen ausdrücklich deren Zerstörung neben der Beseitigung oder der sonstigen Entziehung aus der Verstrickung als strafbar bezeichnet ist. Darnach erscheint die Annahme begründet, daß der unter öffentlicher Autorität ausgeführten Pfändung und Beschlagnahme ein umfassenderer Strafrechtsschutz hat gewährt werden sollen, als den überwiegend im Privatrecht wurzelnden Verhältnissen, welche § 289 im Auge hat".

Anders liegt der Fall, wenn die Zerstörung der Wegnahme nachfolgt. Hier hat der Täter mit der Wegnahme die Sache in sein Herrschaftsbereich gebracht und damit den Tatbestand erfüllt und sich dadurch schon strafbar gemacht. Die nachfolgende Zerstörung ist hier ohne Bedeutung. Daß freilich auch der § 289 dringend einer Erweiterung in dieser Hinsicht be-

[6]) „Gerichtssaal" Bd. 49 S. 380.
[7]) a. a. O. S. 113.
[8]) a. a. O. zu § 289.
[9]) ERGSt. Bd. 38 S. 174.
[10]) a. a. O. zu § 289.
[11]) ERGSt. Bd. 15 S. 434.

darf, ist sicher und in den Entwürfen wird diese auch geschaffen, wie sich noch zeigen wird.

Zuletzt wäre noch die Frage des Zeitpunkts der Vollendung des Delikts zu prüfen. Die Vollendung ist mit der Wegnahme geschehen, wobei, wie eben festgelegt, wiederum von der Wegnahme im weiteren Sinn auszugehen ist.

§ 22.

Der Täter.

Als Täter wird zunächst derjenige bestraft, der seine eigene Sache, an der eines der vier im Gesetz aufgezählten Rechte eines Dritten besteht, diesem Berechtigten entzieht. Neben dem Eigentümer trifft aber auch Strafe einen Dritten, der eine ihm fremde Sache zu Gunsten ihres Eigentümers wegnimmt. Zu Gunsten des Eigentümers heißt: wegnimmt, um dem Eigentümer die Möglichkeit der Ausübung derjenigen Befugnisse an seiner Sache zu gewähren, die tatsächlich dem Dritten zustehen. Es muß also immer die Verschaffung eines Vorteils für den Eigentümer zum Nachteil des Berechtigten mit der Handlung des Dritten verbunden sein [1]).

Gleichgültig bleibt dabei, ob der Dritte mit Wissen oder Einverständnis des Eigentümers handelt oder nicht, weil es rücksichtlich des durch eine solche Handlung in seinem Rechte verletzten Inhabers der Sache keinen Unterschied macht, ob die Verletzung vom Eigentümer selbst oder einem Dritten ausgegangen ist [2]).

Bezüglich der Frage der Täterschaft eines Dritten ist weiter festzustellen, daß bei mangelnden Wegnahmeinteresse bei dem Eigentümer der Dritte, etwa wenn er nur im eigenen Interesse wegnimmt, aus § 289 nicht zu bestrafen ist. Es muß feststehen, daß bei Zusammentreffen beider Interessen, des Dritten und des Eigentümers der Dritte nur bestraft werden kann, wenn nicht nur durch sein Handeln objektiv auch das Interesse des Eigentümers gewahrt ist, sondern wenn der Dritte diesen Vorteil des Eigentümers erkannte und er in seiner Absicht lag [3]).

Eine andere Frage ist, ob die Strafbarkeit auf Grund einer anderen Strafbestimmung etwa des § 242 StGB. gegeben ist, wenn der Dritte in Aneignungsabsicht handelt.

Tut er das nicht, so bleibt er straflos [4]). Als Motiv einer solchen Handlung wäre die Absicht einen anderen zu ärgern oder zu schikanieren, denk-

---

[1]) RG. in Golt.Arch. Bd. 41 S. 414.
[2]) so Motive zum RStrGB.
[3]) ERGSt. Bd. 7 S. 325.
[4]) soweit nicht heute die Bestimmung der Verordnung des Reichspräsidenten gegen unbefugten Gebrauch von Kraftfahrzeugen und Fahrrädern vom 20. 10. 32 (RGBl. 1932 S. 496) durch die das römisch rechtliche furtum usus bis zu einem gewissen Grade wieder auflebt, eingreift.

bar. Binding empfindet hier eine Lücke des Gesetzes. Er sagt [5]): „Diese häßlichen Angriffe durfte das Gesetz nicht vergessen". Er meint weiter, nicht jede vorsätzliche Beeinträchtigung des Pfandgläubigers durch widerrechtliche Wegnahme der von ihm besessenen Pfandsache wird bestraft, sondern nur der leichtere Fall.

Ihm schließt sich Lenz [6]) an, er führt aus unter Berufung auf die Motive: „Der Gedanke ist nicht vollständig ausgedacht worden, hätte man dies getan, so würde man sich bewußt gewesen sein, daß diese Fälle keinen Unterschied den im Gesetz unter Strafe gesetzten Fällen gegenüber machten. Der Besitz des Gläubigers an einer zur Sicherung seiner Befriedigung dienenden Sache verlangt strafrechtlichen Schutz nicht nur gegenüber den Interessen des Eigentümers, sondern gegenüber jedermann".

Hiegegen sind zuerst die Gründe Stein's [7]) anzuführen, der entgegnet, daß der Eigentümer gegen analoge Angriffe auch nicht geschützt sei: „Die Wegnahme aber behufs eigener Pfandnahme oder Pfandgabe des Täters oder aus Schikane unter Strafe zu stellen, wäre solange eine große Ungerechtigkeit, als der besitzende Eigentümer einen gleichen Schutz nicht genießt. Es liegt kein Grund vor, den Pfandbesitzer besser zu schützen, als den Eigentümerbesitz".

Dem gegenüber gibt Binding zu, daß auch hier eine Lücke vorhanden sei, meint aber, der Retentionsberechtigte sei solchen Angiffen mehr ausgesetzt als der Eigentümer. Das ist ihm zuzugeben, aber er ist es eben nur insoweit, als ein anderer Interesse an den Gegenständen hat und hier ist er ja geschützt. Warum bei den übrigen in Frage kommenden Fällen der Entziehung durch Dritte, sei es aus Schikane oder sonstwie, der Retentionsberechtigte Angriffen mehr ausgesetzt sein soll als der Eigentümer, ist nicht erfindlich.

Wenn eine Lücke besteht, so besteht sie sicherlich in beiden Fällen, bezüglich des Eigentümers, wie des berechtigten Besitzers, und wäre auch nur gleichmäßig oder gar nicht, hierin ist Stein rechtzugeben, auszufüllen.

Aber vor allem scheint hier immer übersehen zu werden, daß, falls eine Lücke besteht, sie auch bezüglich des Besitzberechtigten keinesfalls im Wege der Aenderung des § 289 ausgefüllt werden kann. Das Spezifikum des § 288, wie des § 289, ist ja doch gerade, daß zwischen Täter und Verletzten immer ein civilrechtliches Band besteht, das letzten Endes Grundlage und Ursache des Delikts ist. Durch diese Feststellung wird der Täterkreis, dem Wesen des Delikts entsprechend, engstens begrenzt und kann nicht durch eine solche Erweiterung, die dem Sinn der Bestimmungen völlig fremd ist, gesprengt werden.

[5]) Lehrbuch I S. 320.
[6]) a. a. O. S. 99.
[7]) „Gerichtssaal" Bd. 49 S. 380.

In einer älteren Entscheidung stellt sich das Reichsgericht [8]) auf den Standpunkt, daß auch d e r Täter sein könne, für dessen Eigentum nur eine widerlegbare Rechtsvermutung spricht: „Wollte man schon die Tatsache, des der Ehefrau des Mieters zustehenden Eigentumsrechts für genügend halten, um diese Strafbarkeit auszuschließen, auch wenn dem Vermieter, als er zur Ausübung des Zurückbehaltungsrechts vorschritt, der Nachweis des Eigentümerrechts nicht geführt worden ist, so würde man einerseits das Bürgerliche Recht, welches in Ermangelung dieses Nachweises dem Vermieter die Retentionsberechtigung gewährt, und andererseits das Strafgesetz, welches gegen Verletzung eines privatrechtlich begründeten Zurückbehaltungsrechts die civilrechtliche Reaktion nicht für ausreichend hält und deshalb diese Verletzung unter Strafe stellt, in unlösbarem Widerspruch zueinander bringen".

M. E. mit Unrecht bekämpft Binding [9]) diese Ansicht. Man könnte gegen Binding auch noch eine Parallelerscheinung anführen: Ist das dem Besitzrechte zu Grunde liegende Rechtsgeschäft anfechtbar, aber nicht angefochten, so gilt es als bestehend auch für die strafrechtliche Beurteilung.

Nach einhelliger Ansicht, kann auch ein Mitberechtigter oder ein Mitbesitzer Täter des Delikts sein [10]). Es wäre auch nicht einzusehen, warum von zwei Mitbesitzern, die eine Sache etwa in der Form besitzen, daß sie unter Verschluß ist und jeder einen Schlüssel zum Zugang hat, der eine, wenn er die Sache aus diesem beiden zugänglichen Gewahrsam wegnimmt und so dem anderen entzieht, straflos bliebe. Mit Recht wird hier, wenn die anderen Tatbestandsmerkmale erfüllt sind, die Anwendung des § 289 zu bejahen sein.

§ 23.

Die innere Tatseite.

Sind Tat und Täter objektiv festgelegt, so bleibt noch übrig, daß diese beiden Merkmale verbindende innere Moment zu prüfen: die Schuld. Es bieten sich hier immer Schwierigkeiten schon mangels einer einheitlichen Begriffsbestimmung im geltenden Recht.

Der § 289 erfordert bezüglich des subjektiven Tatbestandes die rechtswidrige Absicht des Täters.

Damit ist von vornherein fahrlässige Begehung des Delikts ausgeschlossen. Doch über den Begriff der „Absicht" sind die Meinungen geteilt. Die

[8]) ERGSt. Bd. 4 S. 30.

[9]) Lehrbuch bes. Teil I § 80,3.

[10]) ERGSt. Bd. 17 S. 358.

herrschende Ansicht[1]), der beizupflichten ist, definiert die rechtswidrige Absicht als den auf die Vereitelung des Rechts des anderen gerichteten Willen. D. h. der Zweck der Vereitelung muß erstrebt werden wollen, oder einfach: Absicht ist hier mit Zweck gleichbedeutend.

Darnach ist rechtswidrige Absicht im Sinn des § 289 nicht gleichbedeutend mit dem Bewußtsein der Rechtswidrigkeit, daß die Wegnahme eine Verletzung der im § 289 geschützten Rechte zur Folge habe. Vielmehr wird einschränkend verlangt, der ausdrückliche Wille, durch die Wegnahme das in Frage stehende Recht zu verletzen oder zu vereiteln, d. h. die bewußte Verfolgung dieses rechtswidrigen Zwecks.

„Es genügt nicht, die Vorsätzlichkeit des Handelns, verbunden mit dem Bewußtsein, daß durch dasselbe die Zwangsvollstreckung vereitelt würde, vielmehr muß der Zweck auf die Vereitelung gerichtet sein. Bewußtsein genügt nicht. Ein solches Bewußtsein kann nicht allein als die Absicht, die Befriedigung des Gläubigers zu vereiteln, angesehen werden, diese Absicht setzt vielmehr voraus, daß der Gedanke, die Befriedigung solle vereitelt werden, bei der Handlung leitend gewesen ist“ [2]).

Hierzu kommt, daß das Reichsgericht[3]) in der Erkenntnis, daß der § 288 nicht nur seiner Stellung im Gesetz, sondern auch seinem Inhalte nach der Pfandkehr sehr verwandt ist — das gemeinsame Merkmal: beides sind strafbare Handlungen, die sich gegen die Realisierung fremder Vermögensrechte richten —, die „Absicht“ gleich auffaßt wie in § 288.

Binding[4]) lehnt diese Ansicht, insbesondere die analoge Auslegung des § 289 nach § 288 ab, mit der Begründung, daß schon der Wortlaut des Gesetzes ein ganz anderer sei. Er versteht unter rechtswidriger Absicht, daß bei der Wegnahme das Bewußtsein der verbotenen Handlung und der Nichteinwilligung des Besitzers und die Vorstellung, daß durch die Handlung die rechtliche Lage des Berechtigten zeitweilig verschlechtert wird, vorhanden ist. Wie gesagt, ist diese Ansicht aus den oben ausgeführten Gründen und in Konsequenz der Ausführung in § 12 der Arbeit abzulehnen.

Auf alle Fälle wird aber gefordert, daß der Täter wissen und erkennen maß, daß der Verletzte Inhaber eines der vier Rechte ist, die im § 289 aufgezählt sind, wodurch sich der Kreis der verletzbaren Personen bestimmt. Daß er sich darüber klar ist, ob er einen Pfandgläubiger, oder einen Nutznießer vor sich hat, ist rechtlich unerheblich. Hiebei muß man Frank[5]) recht geben, daß in dieser Hinsicht dolus eventualis genügt, d. h. wenn der Täter die Absicht hat, ein bestehendes Recht zu verletzen, er ist sich aber über die

[1]) Allfeld a. a. O. S. 457, Olshausen zu § 289, von Liszt, § 129 Abs. 2, Harburger a. a. O. S. 325, Ebermayer zu § 289, Anm. VIII.
[2]) ERGSt. Bd. 8 S. 126.
[3]) ERGSt. Bd. 21 S. 352.
[4]) Normen II S. 548 ff. und Lehrbuch S. 320.
[5]) Komm. a. a. O. zu § 289 und ZStW. Bd. 14 S. 409.

Einzelheiten des vorhandenen Rechts nicht klar, er weiß nur soviel, was auch immer für ein Recht besteht, ich bin gewillt, nicht nur darauf keine Rücksicht zu nehmen, sondern es ist gerade meine Absicht, dieses Recht zu beeinträchtigen, so ist dieser dolus ausreichend.

So ergibt sich der Fall, daß man, obgleich mehr als Vorsatz gefordert wird, trotzdem bei dem hier verwendeten Begriff der Absicht, die Anwendung des dolus eventualis nicht absolut verneinen kann.

Vollkommen ablehnend gegenüber der Anwendung des bedingten Vorsatzes verhält sich das Reichsgericht [6]): „dolus eventualis kann bei der Anwendung des § 289 überhaupt nicht in Betracht kommen". Man dürfe Eventualvorsatz nicht bei allen vorsätzlichen Delikten anwenden, und zwar sei er ausgeschlossen, bei denjenigen Delikten, zu deren Tatbestand die Verfolgung eines bestimmten Zwecks gehöre. Es müßte bei solchen Delikten, und wie wir oben ausgeführt haben, gehört der § 289 zweifellos zu dieser Kategorie, die Zweckerreichung gerade im Willen aufgenommen sein.

Doch scheint die Frank'sche Auffassung, daß hier Absicht, d. h. mehr als Vorsatz vorliegt und trotzdem mit bedingtem Vorsatz gehandelt werden kann, durchaus einleuchtend.

Binding kommt auf Grund seiner Auffassung, daß Absicht hier gleich Vorsatz zu fassen sei, natürlich in konsequenter Weiterverfolgung dieser Annahme ohne Schwierigkeiten zu dem Schluß, daß bedingter Vorsatz zweifellos ausreichend ist.

Es braucht nicht der Endzweck die Schädigung zu sein, d. h. es ist nicht Voraussetzung der Strafbarkeit, daß der Täter die Absicht hat, dem Verletzten einen dauernden Schaden zuzufügen. Es ist durchaus ausreichend, wenn er weiß und will, daß die Rechtslage des Verletzten auch nur vorübergehend durch die Besitzentziehung geschmälert oder verschlechtert wird.

„Es ist keine andere und weitergehendere Schädigung des Verletzten, als die Verletzung seines Rechts selbst und die Beeinträchtigung, welche er durch die Wegnahme der Sache in der Ausübung seines Rechts, sowie in seiner rechtlichen Lage überhaupt, erleidet, erforderlich" [7]).

In dem Begriff „rechtswidrige Absicht" liegt aber, das muß noch ausdrücklich festgestellt werden, nicht etwa der Begriff der „gewinnsüchtigen Absicht", wie Merkel nachweist [8]).

Wie denn der Eigentümer das Delikt begeht, ohne gewinnsüchtige Absicht, und wo trotzdem vorübergehend eine Schädigung des Besitzers eintritt, z. B. wenn er dem Pfandgläubiger den Pfandgegenstand wegnimmt, obwohl er zahlungsfähig und -willig ist. Allerdings wird dieser Fall in der Praxis kaum von Bedeutung sein. Der Täter ist wohl nach § 289 strafbar, aber

[6]) ERGSt. Bd. 21 S. 312.
[7]) ERGSt. Bd. 4 S. 730.
[8]) Merkel, Handbuch des Deutschen Rechts, Bd. 3 S. 837.

der Verletzte wird, da ihm kein dauernder Schaden droht, wenn Zahlungswille und Fähigkeit des Täters ihm bekannt sind, in den seltensten Fällen ein Interesse haben, den Strafantrag zu stellen. Ein weiteres Argument ergibt sich aus dem Gesetz selbst dadurch, daß auch ein Dritter, der zu Gunsten des Eigentümers handelt, doch auch in rechtswidriger Absicht gehandelt haben muß, da er straffällig wird.

Man darf aber dabei nicht übersehen, daß wohl in den meisten Fällen, wo Dritte Täter des Vergehens sind, sicherlich auch bei ihnen ein Interesse vorhanden ist, welches einen mehr oder weniger materiellen Hintergrund haben wird. Dieses Argument allein wäre also insofern nicht überzeugend, als man aus dem Gesetz keinesfalls den Schluß ziehen darf, daß ein Dritter nur zu Gunsten des Eigentümers handeln kann, wie es offenbar Hinkel [9]) tut.

Bei der Täterschaft eines Dritten ist noch zur inneren Tatseite kurz zu erwähnen, daß neben den sonstigen Voraussetzungen, wie sie eben festgestellt wurden, hinzukommen muß, daß sein Wille darauf gerichtet ist, das Interesse des Eigentümers zu wahren.

Wie schon oben ausgeführt, ist es natürlich durchaus möglich und wohl meist der Fall, daß beider Interessen, des Dritten und des Eigentümers gefördert werden und auch hier besteht die Strafmöglichkeit aus § 289. Die Version, daß diese Absicht der Interessenförderung des Eigentümers fehlt, wurde schon oben erwähnt [10]).

§ 24.

Versuch und Teilnahme.

Im Gegensatz zur Vollstreckungsvereitelung, wenigstens de lege lata, ist die Pfandkehr ein Erfolgsdelikt. Die Strafbarkeit des Versuchs ist sonach in seinem Wesen bedingt und im Gesetz angeordnet.

Besonderheiten ergeben sich hier nicht. Es tauchen eben die Fragen hier auf, die prinzipiell die Probleme des Versuchs bilden. Der Unterschied der Auffassung, insbesondere der zwischen Theorie und Praxis, d. h. der Wissenschaft und des Reichsgerichts, ist einerseits hinreichend bekannt und andererseits ein Gebiet, das in seinem vollen Umfang zu behandeln im Rahmen dieser Arbeit ausgeschlossen ist.

Zu erwähnen wäre vielleicht eine Entscheidung des Reichsgerichts [1]), in der ein Versuch der Pfandkehr darin gesehen wird, daß der Täter und Mieter Sachen, an denen sein Vermieter ein gesetzliches Pfandrecht hatte, aus der einen Wohnung desselben Hauses in eine andere Mietwohnung ver-

[9]) Hinkel, Die Pfandkehr, Diss. S. 38.
[10]) vergl. § 22 der Arbeit.
[1]) ERGSt. Bd. 41 S. 379.

bracht hat, um sie zu einem späteren Zeitpunkte aus dem Hause fortzuschaffen und sie so dem Machtbereich des Vermieters zu entziehen.

Auch für die Formen der Teilnahme, Anstiftung, Mittäterschaft und Beihilfe ergeben sich keine Besonderheiten. Soweit einer der Teilnehmer nicht Eigentümer ist, müssen eben in subjektiver Beziehung die Voraussetzungen, die für einen Drittäter oben aufgestellt sind, zutreffen.

§ 25.

Strafe, Antrag und die Bestimmung des Absatzes 5.

Die Strafe ist entweder Gefängnis bis zu 3 Jahren oder Geldstrafe bis zu 10 000 RM.[1]).

Neben der Gefängnisstrafe kann gemäß Abs. 2 auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden, eine Nebenstrafe, die aber nur zulässig ist, wenn die Dauer der erkannten Strafe drei Monate übersteigt[2]). Wann sie anzuwenden ist, bestimmt das Gesetz nicht. Es ergibt sich das aus den allgemeinen Grundsätzen und den Umständen des konkreten Falles.

Absatz 4 stellt das Erfordernis des Strafantrags auf. Der Kreis der möglichen Antragsberechtigten deckt sich mit dem der Verletzten. Dies sind die Inhaber der vier aufgezählten Rechte, deren Besitz gestört worden ist oder werden sollte.

Das Vergehen aus § 289 ist ein absolutes Antragsdelikt. Der Antrag muß hier immer vorliegen und ist nicht nur bei bestimmten persönlichen Beziehungen zwischen Täter und Verletzten, wie bei den relativen Antragsdelikten, erforderlich.

Die Bestimmungen aus § 247 Abs. 2 und 3 StGB. sind gemäß Abs. 5 auf das Vergehen des § 289 anzuwenden. Das Delikt bleibt sonach straflos, wenn es von Verwandten aufsteigender Linie gegen Verwandte absteigender Linie, oder von einem Ehegatten gegen den anderen begangen worden ist.

Diese Bestimmungen finden jedoch auf Teilnehmer oder Begünstiger, welche nicht in einem der vorbezeichneten persönlichen Verhältnisse stehen, keine Anwendung.

Trotz der nicht zu leugnenden Verwandtschaft des Vergehens aus § 289 mit dem Diebstahl, darf man aus der Verweisung nicht den Schluß ziehen, daß etwa auch die erschwerenden Bestimmungen des § 243 auf die Pfandkehr anzuwenden seien. Diese Anwendung ohne ausdrückliche Verweisung im Gesetz, wäre eine unzulässige analoge Auslegung.

Die Strafverfolgung der Pfandkehr verjährt als die eines Vergehens nach § 67 Abs. 2 RStGB. in 5 Jahren.

---

[1]) die ursprüngliche Höchststrafe von M. 900.— ist durch die „Verordnung über Vermögensstrafen und Bußen" vom 6. 2. 24 umgeändert und auf M. 10 000.— erhöht worden, vergl. die jetzigen §§ 27—29 RStGB.

[2]) vergl. § 32 RStGB.

C. Eine Gegenüberstellung des § 288 und § 289 und ihr Vergleich mit anderen verwandten strafrechtlichen Bestimmungen.

§ 26.

Vollstreckungsvereitelung und Pfandkehr.

Das erste Merkmal, das Vollstreckungsvereitelung und Pfandkehr allerdings auch noch mit verschiedenen anderen Delikten gemeinsam haben, ist das des Vermögensdelikts. Angriffsobjekte sind in beiden Fällen Vermögensbestandteile eines anderen. Die Angriffe suchen die wirtschaftliche Integrität eines anderen zu verletzen.

Allerdings muß man dabei beachten, daß beim Vergehen des § 288 die Handlungen des Täters sich d i r e k t gegen sein eigenes Vermögen richten, um dasselbe, obgleich ihm durch das Moment der „drohenden Zwangsvollstreckung" die freie Verfügungsmöglichkeit genommen ist, zu veräußern oder beiseite zu schaffen, i n d i r e k t gegen das Vermögen des Gläubigers, in dem diesem die Befriedigung, zu der er berechtigt ist, unmöglich gemacht wird oder werden soll.

Es ist nochmals zu betonen, daß die Handlungen des Veräußerns und Beiseiteschaffens durchaus in zivilrechtlich üblich und erlaubter Form vor sich geht, oder vor sich gehen kann und daß vom zivilrechtlichen Gesichtspunkt dem Täter durch die drohende Zwangsvollstreckung niemals eine Beschränkung seiner Dispositionsbefugnis auferlegt wird.

Während bei § 288 die Sache also im Augenblick der Tat noch im Besitz des Täters ist, ja geradezu sein muß, hat bei § 289 der Täter wohl auch noch Eigentum an dem Gegenstand, doch nicht mehr den Besitz. Dieser ist zugleich mit den erworbenen Rechten des Pfandgläubigers, Nutznießers usw. an letztere übergegangen, und der Wille des Täters geht dahin, diese begründeten Rechte zu vernichten und dadurch das Vermögen des Eigentümers zu bereichern, denn der Tatbestand erfordert ein Handeln zu Gunsten des Eigentümers.

Dabei ist aber nochmals darauf hinzuweisen, daß gewinnsüchtige Absicht bei § 289 so wenig erforderlich ist, wie bei § 288 die Absicht des Täters nicht auf Erlangung eines Vermögensvorteils gerichtet zu sein braucht.

Als letztes gemeinsames Merkmal sei die begrenzte Täterschaft beider Delikte erwähnt. Keinesfalls kann bei § 288 jeder Beliebige Täter sein, sondern nur der Schuldner. Es besteht also, zwischen Täter und Verletzten immer ein zivilrechtliches Band, wohl nicht der letzte Grund, warum dieses Delikt Antragsdelikt ist.

Aber auch bei § 289 kann man von einer Abgrenzung des Täterkreises sprechen, wenn dieselbe auch nicht so exakt ist, wie bei der Vollstrek-

kungsvereitelung. So kann ein beliebiger Dritter das Delikt auch nicht begehen. Er muß zu den Personen des zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisses schon in gewissen Beziehungen stehen; denn um den Tatbestand zu erfüllen, ist erforderlich, daß er zu Gunsten des Eigentümers handelt, eine Voraussetzung, die natürlich nur erfüllt werden kann, wenn der Täter zum mindesten den Eigentümer, dessen Eigentum an dem Gegenstand und damit wohl überhaupt die rechtlichen Beziehungen zwischen Eigentümer und Besitzberechtigtem bis zu einem weiten Maße kennt.

Fälle der Idealkonkurrenz zwischen § 288 und § 289 sind durchaus vorstellbar.

§ 27.

Vergleich des § 288 mit anderen Delikten.

Bestimmungen, die sich geradezu zum Vergleiche aufdrängen, sind die §§ 239 ff. der Konkurs-Ordnung, durch welche die entsprechenden §§ des Strafgesetzbuchs ersetzt worden sind. Es wurde auch schon im Verlaufe der Bearbeitung des § 288 die General-Exekution im Vergleich zur Spezialexekution, als die sich die Zwangsvollstreckung darstellt, erwähnt.

In erster Linie kommt für uns der § 239 Nr. 1 K.O. in Frage, demzufolge Schuldner wegen betrügerischen Bankerotts bestraft werden, wenn sie nach Zahlungseinstellung oder im Konkurs, in der Absicht, der Gläubigerbenachteiligung Vermögensstücke verheimlicht oder beiseitegeschafft haben.

Eine genaue Untersuchung, wie weit sich die Tatbestände decken und wo sie divergieren, ist nicht am Platze. Hinsichtlich des Beiseiteschaffens ist die Uebereinstimmung jedenfalls vollkommen, sodaß es wie Wach [1]) meint, oft vom Zufall abhängt, welche der Bestimmungen Anwendung finder, d. h. ob es zur Zahlungseinstellung oder zur Konkurseröffnung kommt oder nicht. Allerdings ist dieser Zufall für die Deliquenten von ganz erheblicher Bedeutung, denn deutlicher, als wenn man diesen Zufall feststellt, kann einem der große Unterschied gar nicht auffallen, der hinsichtlich der Strafhöhe zwischen § 288 Str.G.B. und § 239 K.O. besteht [2]).

Aber man darf nicht übersehen, daß eben die Wirkung beider Delikte trotz ihrer Gleichheit eine sehr verschiedene ist und mit Recht wird vom Schrifttum teilweise hervorgehoben, nicht in den Fehler zu verfallen, aus der unbestritten bestehenden Verwandtschaft zu viele oder zu weite Schlüsse zu ziehen.

---

[1]) Wach a. a. O. S. 75.

[2]) hier Antragsdelikt und Höchstgefängnisstrafe 2 Jahre, dort Offizialdelikt und Zuchthaus von 1—15 Jahren.

Dem steht auch eine neuere Entscheidung des Reichsgerichts [3]) nicht entgegen, in der ausgeführt ist: „der § 288 entstand aus dem Bedürfnis heraus und war vorbestimmt, dem für die Generalexekution bestehenden Strafschutz auf die Spezialexekution auszudehnen, nicht ihn hier inhaltlich zu erweitern. Er spaltete lediglich den Begriff des Beiseiteschaffens (im weiteren Sinn) in seine beiden Unterarten, die rechtliche und tatsächliche Verschiebung der Vermögensobjekte, d. h. die Veräußerung und die Beiseiteschaffung (im engeren Sinn). Ein grundsätzlicher Unterschied gegenüber der konkursrechtlichen Vorschrift sollte insoweit nicht begründet werden."

Idealkonkurrenz zwischen § 288 Str.G.B. und § 239 K.O. ist ausgeschlossen, da eben im Falle der Zahlungseinstellung usw. nur § 239 zum Zuge kommt.

Doch besteht die Möglichkeit, daß die Vollstreckungsvereitelung mit der Gläubigerbegünstigung [4]) ideell konkurriert, z. B., wenn ein Schuldner, der seine Zahlungen eingestellt hat, trotz Kenntnis seiner Zahlungsunfähigkeit einem Gläubiger, in der Absicht, ihn vor den anderen zu begünstigen, eine Befriedigung gewährt hat, die derselbe nicht zu beanspruchen hatte. Diese Ansicht wird auch vom Reichsgericht [5]) vertreten.

Weiterhin enge Beziehungen sind zwischen Vollstreckungsvereitelung und dem Arrest oder Verstrickungsbruch des § 137 Str.G.B. vorhanden.

Der Unterschied des Angriffsobjekts, einerseits das vollstreckungsfähige Recht des Gläubigers, andererseits die Autorität der staatlichen Zwangsgewalt, wurde schon oben hervorgehoben. Hieraus ergibt sich auch, daß das eine Delikt Antragsdelikt ist und das andere von amtswegen zu verfolgen ist.

Regelmäßig wird ja wohl die Frage der Idealkonkurrenz hier nicht auftauchen. Denn der § 288 will den Gläubigern Schutz bieten in dem Stadium, wo dem Schuldner die Zwangsvollstreckung droht, während § 137 das Objekt des vollzogenen Arrests schützen will. Es ist also normalerweise der Schutz des § 137 eine Fortsetzung des Schutzes aus § 288.

Da aber die Vollstreckungsvereitelung auch noch begehbar ist w ä h r e n d der Vollstreckungshandlung, solange sie noch nicht vollkommen abgeschlossen ist, so kann sie auch noch begangen werden nach erfolgter Beschlagnahme, in dem erst in diesem Zeitpunkte die Vollstreckungsobjekte weggeschafft werden. Demzufolge deckt sich durch eine Handlung in diesem Zeitpunkte die Vollstreckungsvereitelung mit dem Arrestbruch. Es ist also Idealkonkurrenz zwischen § 288 und § 137 St.G.B. möglich [6]).

Ein wichtiger Unterschied zwischen den beiden Delikten besteht einmal bezüglich des Tatobjekts. Während der § 288 die Bestandteile des

[3]) ERGSt. Bd. 62 S. 278.
[4]) § 241 K.O.
[5]) vergl. z. B. ERGSt. Bd. 20 S. 214. A. A. nur Binding.
[6]) vergl. ERGSt. Bd. 17 S. 42.

Vermögens, was darunter verstanden wurde, ist oben ausgeführt worden, schützt, umfaßt der Schutz des § 137 nur Sachen. Und zwar ist der Begriff Sache hier nur als körperlicher Gegenstand zu verstehen. Während also der Kreis der Objekte in § 137 enger gefaßt wird, als in § 288, ist andererseits der Kreis der Täter ein weiterer. Die bei der Vollstrekkungsverteitelung verlangte Beziehung zwischen Täter und Tatobjekt, die, wie oben ausgeführt wurde, auch eine gewisse Verbundenheit zwischen Täter und Verletzten auf zivilrechtlicher Basis zu Grunde legt, fällt beim § 137 weg. Hier kann Täter auch jeder Dritte neben dem Eigentümer der Pfandsache sein.

Kurz seien noch einige weitere Fälle der Idealkonkurrenz mit § 288 zu erwähnen: Die §§ 306—308 St.G.B., wenn das Beiseiteschaffen durch Brandstiftung bewerkstelligt wurde. Ferner die §§ 312, 313, sofern eine Ueberschwemmung das Mittel der Beiseiteschaffung abgab. Möglich ist auch, daß zum Zwecke der Veräußerung eine Urkundenfälschung begangen wurde, sodaß auch hier Idealkonkurrenz der §§ 267 ff. mit § 288 vorläge. Oder ein Betrug könnte ideell konkurrieren, z. B. bei einer Scheinveräußerung, ebenso ein Versicherungsbetrug nach § 265 St.G.B.

Unmöglich ist natürlich die Idealkonkurrenz mit solchen Delikten, die der Eigentümer an eigener Sache nicht begehen kann, z. B. Diebstahl oder Sachbeschädigung.

§ 28.

Der § 289 und andere verwandte Tatbestände des Strafrechts.

Schon im Verlaufe der Arbeit wurde über die übereinstimmende Bezeichnung der Handlungsart bei der Pfandkehr und dem Diebstahl gesprochen. In beiden Fällen geschieht die Bewirkung des Delikts durch eine „Wegnahme". Leider werden mit demselben Wort verschiedene Vorstellungen zu verknüpfen versucht. Auf diese nicht empfehlenswerte Doppelbenützung eines und desselben Wortes in einem Gesetz, wurde schon eingegangen und wird nochmals bei der Besprechung der Entwürfe näher eingegangen werden.

Beide Delikte sind Vermögensdelikte. Einmal erfolgt allerdings die Wegnahme der Sache, die sich nicht im Besitz des Eigentümers befindet. Sie wird durch die Handlung in den Herrschaftsbereich des Eigentümers gebracht, aus dem Besitze des Berechtigten und zu dessen Nachteil. Während in § 242 der Täter eine ihm fremde Sache einem andern wegnimmt. Die Wegnahme schädigt Eigentümer oder Besitzer aus deren Herrschaftsbereiche der Täter die Sache in den seinigen bringt. Diese Verschiedenartigkeit der Täter und Verletzten ist auch der grundlegenste Unterschied

beider Delikte und entsteht aus dem verschiedenartigen Schutzweck heraus, den die Strafbestimmungen erreichen wollen. Deswegen wird mit Recht darauf hingewiesen, daß es gefährlich ist, die Pfandkehr aus dem alten furtum possessionis heraus auslegen und ihrem Wesen nach verstehen und würdigen zu wollen.

Es sollen jetzt auch noch bezüglich der Pfandkehr die Möglichkeiten der Idealkonkurrenz mit anderen Bestimmungen des Strafgesetzbuches untersucht werden.

Wenn das Mittel der Wegnahme eine körperliche Mißhandlung oder Gesundheitsschädigung ist, so liegt Idealkonkurrenz mit der Körperverletzung der §§ 223 ff. vor.

Strittig ist, ob Tateinheit zwischen Pfandkehr und Hausfriedensbruch möglich ist. Das Reichsgericht [1]) verneint diese Art der Konkurrenz mit § 123 StGB. Doch ist wohl der Ansicht Harburger's [2]), zum mindesten in den Fällen, wo die Begehung des Delikts der Pfandkehr mittels Einsteigens oder Einbrechens vollzogen wird, der Vorzug zu geben.

Noch heftiger umstritten ist die Frage der Konkurrenz des § 289 mit den Bestimmungen der §§ 253 und 255, der Erpressung und räuberischen Erpressung. Das Reichsgericht hat hier seinen zuerst eingenommenen Standpunkt [3]), daß nämlich der § 289 durch diese Delikte absorbiert werde, ausdrücklich in einer späteren Entscheidung aufgegeben [4]).

Auch die Möglichkeit der Idealkonkurrenz des § 289 mit § 137 ist denkbar. § 137 kommt nur dann in Betracht, wenn gepfändete Sachen dem Pfandverband entzogen werden, ganz gleichgültig, in wessen Gewahrsam sie sich befunden haben. Wenn nun der besondere Fall eintritt, daß die gepfändete Sache sich im Gewahrsam des Gläubigers befindet, entsprechend den Bestimmungen der §§ 809 und 808 Abs. 2 ZPO. und der Pfändungspfandgläubiger auch zugleich Pfandgläubiger ist, so geschieht eine Wegnahme dieser Sache in Idealkonkurrenz von § 289 und 137. Das Reichsgericht erwähnt diese Möglichkeit, ohne jedoch die Frage in der erwähnten Entscheidung zu bejahen oder zu verneinen [5]).

Hiermit soll die vergleichende Betrachtung innerhalb des Deutschen Strafrechts abgeschlossen und im letzten Abschnitt noch die Entwicklung der beiden Bestimmungen im Verlauf der beiden Entwürfe verfolgt werden.

---

[1]) ERGSt. Bd. 7 S. 60.
[2]) Harburger a. a. O. S. 324.
[3]) ERGSt. Bd. 13 S. 27.
[4]) ERGSt. Bd. 25 S. 435.
[5]) ERGSt. Bd. 64 S. 77.

III.

Die Entwürfe.

Die Frage der Reform des Strafrechts, in den letzten Jahren wieder von neuem, aber nicht zum erstenmale aufgeworfen und behandelt, hat ihren endgültigen Abschluß noch immer nicht gefunden. Der Zweck der Reform ist, das heutige Reichsstrafgesetzbuch, stammend aus dem Jahre 1871, den veränderten Lebensverhältnissen anzupassen. Diese starke Veränderung der Lebensverhältnisse, und insbesondere der Einfluß der sozialen Ideen, müssen auch in der Strafgesetzgebung eines Staates zum Ausdruck kommen und ihren Niederschlag finden.

So setzten schon Anfang des Jahrhunderts Reformbestrebungen ein, deren Ergebnis die verschiedenen Entwürfe zu einem neuen Reichsstrafgesetzbuch sind. Mit der Darstellung dieser Entwürfe, soweit sie die in dieser Arbeit behandelnden Gebiete berühren, soll abgeschlossen werden.

§ 29.

Der Vorentwurf von 1909.

Im Jahre 1909 wurde im Reichsjustizministerium durch eine Kommission der erste Entwurf zu einem künftigen Strafgesetz beendet. Es ist dies der sog. „Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuche".

Hier wird das Vergehen der Vollstreckungsvereitelung, sowie das der Pfandkehr, im 27. Abschnitt „Sachbeschädigung und Vermögensbeschädigung" behandelt.

I. Wie aus einem Vergleich des Textes der Gesetze und der Entwürfe hervorgeht, stimmt der Text des § 293 beinahe vollkommen mit dem § 288 überein.

Das Wort „Wer" wird durch „Schuldner" ersetzt. Allerdings bedeutet diese Veränderung nur eine klarere Ausdrucksweise, denn auch de lege lata steht fest, daß Täter nur der Schuldner sein kann, da nur ihm die Vollstreckung droht.

Trotzdem ist durch den Absatz 2 der Personenkreis im Verhältnis zum geltenden Recht erweitert worden und zwar in der Absicht, eine unangenehm empfundene Lücke des Gesetzes auszufüllen. Darnach trifft die Strafe wegen Vollstreckungsvereitelung auch denjenigen, der sie zu Gunsten des Schuldners vornimmt. Es wäre jetzt auch strafbar der gesetzliche Vertreter einer natürlichen Person, der für dieselbe handelt, und vor allem aber auch die Vertreter und Organe juristischer Personen, wenn sie im Interesse derselben vereiteln.

Die Strafe ist hier in derselben Höhe geblieben und da seit 1909 auch in die Bestimmung des geltenden Rechts Geldstrafe aufgenommen wurde, so erscheint uns heute nachträglich auch diese Bestimmung nicht neuartig.

Der Versuch ist auch nach diesem Entwurf straflos geblieben.

Ferner wurde der Antrag als Prozeßvoraussetzung beibehalten.

II. Weitgehendere und einschneidendere Aenderungen hat der § 289 in seiner neuen Fassung in § 254 des Entwurfs erfahren. Dies drückt sich schon in der Bezeichnung des Delikts aus. Es wird der Versuch gemacht, die alten Bezeichnungen, die nur auf einen Teil des Tatbestandes abstellen und doch den ganzen meinen, durch den umfassenden Begriff der „Rechtsvereitelung" zu ersetzen. Wie schon oben in § 15 ausgeführt, lassen sich auch gegen diesen Begriff Bedenken geltend machen, insbesondere der Art, daß hier wiederum vielleicht über das Ziel hinausgeschossen wurde und man einen Begriff wählte, der mehr sagt als man damit sagen wollte. Denn man kann auch auf andere, als in der in § 294 festgelegten Weise Rechte vereiteln. Die Vereitelung eines Rechts stellt z. B. auch der Betrug dar. Doch trifft diese Bezeichnung besser als alle seither angewandten die prinzipielle Idee des Delikts und insofern ist nichts gegen die Aufnahme dieser Bezeichnung in diesem und die ferneren Entwürfe einzuwenden.

Wichtig ist der Versuch durch die veränderte Fassung endlich eine gedankliche Trennung vom Diebstahl zu erreichen, so heißt es nicht mehr „Wer ... wegnimmt", sondern „durch Wegnahme ... vereitelt". Es wird nicht mehr auf die Wegnahme abgestellt, sondern auf die Vereitelung der Ausübung des Rechts und damit zum Ausdruck gebracht, daß die Wegnahme hier nicht im Sinn des § 242 St.G.B. gebraucht wird, sondern in einem weiteren, der sich ungefähr mit dem von Binding entwickelten dekken mag.

Die Verfasser des V.E. [1]) glauben allerdings, daß es sich hier nur um eine veränderte Ausdrucksweise für dieselbe Sache handle, dem kann aber nicht beigepflichtet werden. Zum mindesten in Bezug auf ein Nießbrauchs- und Gebrauchsrecht ist die Wegnahme keinesfalls mit der Vereitelung des Rechts gleichzusetzen. Aber gerade deswegen, weil in dieser Fassung eine Erweiterung liegt, ist ihr wohl der Vorzug zu geben.

Während der Kreis der geschützten Rechte gleichbleiben soll, wird die Abgrenzung des Täterkreises fallen gelassen. Nicht nur der Eigentümer und jemand, der wenigstens zu Gunsten desselben handelt, soll sich straffällig machen, sondern jeder Dritte ebenso. „Soll der Schutz der bezeichneten Berechtigten nach allen Richtungen wirksam sein, so dürfen nicht Verteitelungen ihrer Rechte straflos bleiben, die von Dritten aus eigenem Interesse, ohne Rücksicht auf den Eigentümer oder lediglich, um den Berechtigten zu schädigen, begangen werden. Derartige Handlungen sind wohl

[1]) s. Begründung S. 816 ff.

denkbar, ohne daß sie einer anderen Vorschrift unterfielen (z. B. Wegnahme einer Pfandsache ohne Aneignungsabsicht)".

Aber dieser Vorschlag geht, wie auch schon oben in § 22 festgestellt wurde, entschieden zu weit [2]). Denn der hier genannte Fall der Entziehung zum eigenmächtigen Gebrauch wäre dann zum Schutze eines Drittbesitzers strafbar, während eine Bestrafung derselben Handlung gegenüber dem Eigentümer straflos bliebe. Denn Diebstahl entfiele auch hier und das furtum usus zu bestrafen, wird abgelehnt [3]).

Geschützt ist auch nach dem VE. nur die bewegliche Sache. Aber einem Bedürfnis entsprechend, wird der Schutz der beweglichen Sache ausgedehnt, dahingehend, daß neben der Wegnahme auch die Zerstörung strafbar ist. Warum man dann allerdings nicht auch gleich in konsequenter Weise neben der Zerstörung die Beschädigung unter Strafe gestellt hat, ist nicht recht verständlich, aber wahrscheinlich ging man davon aus, daß gegenüber der Beschädigung der zivilrechtliche Schutz ausreichend ist.

In subjektiver Beziehung wird durch die Formulierung „wer absichtlich ... vereitelt" das Delikt zum Absichtsdelikt gemacht, denn anders kann man diese Fassung wohl keineswegs auffassen, wenn man die für den Begriff der Absicht maßgebende Bestimmung des § 59 Abs. 3 heranzieht, die wie folgt lautet: „Eine vorsätzliche Handlung wird dann zu einer absichtlichen, wenn der Täter sie verübt, um einen bestimmten Erfolg herbeizuführen."

Gegen diese Umgestaltung wendet sich Binding [4]), der ja schon de lege lata den dolus directus vertritt.

Der Versuch bleibt ebenfalls strafbar und ebenso wird berechtigter Weise das Antragserfordernis beibehalten.

§ 30.

Der Gegenentwurf.

Es ist begreiflich, daß die gesamte Oeffentlichkeit ein reges Interesse an den Vorschlägen des VE. nahm. So fand er auch in der Strafrechtswissenschaft im allgemeinen eine freundliche Aufnahme und eingehend beschäftigte sich die Wissenschaft mit den aufgeworfenen Problemen. Die wichtigste und fruchtbarste Kritik wiederfuhr ihm durch den sogenannten „Gegenentwurf zum Vorentwurf eines deutschen Strafgesetzbuches", hinter dem die bedeutendsten Strafrechtler der Zeit standen [1]).

---

[2]) ablehnend ebenfalls Löwenstein in „Aschrott" a. a. O. S. 439.

[3]) mit der Ausnahme der VO. d. Reichspräsidenten vom 20. 10. 32, RGBl. S. 496.

[4]) Binding in „Gerichtssaal" Bd. 77 S. 440.

[1]) von Kahl, von Liszt, von Lilienthal u. a.

Schon bezüglich der systematischen Stellung und des Systems des Gesetzes überhaupt, ist hier vieles neu. Die Einteilung der Delikte erfolgt in Anlehnung an von Liszt, nicht wie in VE. nach den Angriffsmitteln, sondern nach der Bedeutung des angegriffenen Rechtsgutes. Hieraus ergibt sich, eine eigentlich mehr privatrechtlich anmutende Einteilung, nach der im 22. Abschnitte Angriffe gegen das Eigentum, im 23. Angriffe gegen Forderungsrechte und im 24. Angriffe gegen das Vermögen überhaupt zusammengestellt sind.

Darnach stehen die beiden Delikte des § 288 und § 289 systematisch nicht in demselben Abschnitt, sondern die Vollstreckungsvereitelung im 23. und die Pfandkehr im 24. Abschnitt.

Diese Einteilung hat aber offensichtlich Schwächen, was schon daraus hervorgeht, daß die unbedingt zusammengehörigen beiden Delikte in verschiedenen Abschnitten stehen. Es ist aber auch wirklich nicht ersichtlich, warum die Pfandkehr ausgerechnet im Abschnitt „Angriffe gegen das Eigentum" stehen soll. Denn es handelt sich hier doch gerade um Angriffe des Eigentümers oder solche Dritter zu Gunsten des Eigentümers gegen Rechte Dritter. Wenn die Klassifikation nach dem angegriffenen Rechtsgut wirklich konsequent durchgeführt wäre, müßte diese Bestimmung des jetzigen § 289 unbedingt im 24. Abschnitte stehen.

Obgleich andererseits durch diese Einteilung es wieder ermöglicht wird, im 23. Abschnitt die Spezialexekution mit der ihr am nächsten verwandten Generalexekution zusammenzustellen, erscheint es doch ratsam, Vollstrekkungs- und Rechtsvereitelung in einem Abschnitt unterzubringen, insbesondere da die Generalexekution nach ihrer erfolgten Regelung in der Konkursordnung praktisch wohl kaum in Bälde in ein Strafgesetzbuch aufgenommen werden wird.

I. Die Vollstreckungsvereitelung des § 311 weist erhebliche Unterschiede auf, sowohl im Vergleich zum geltenden Recht, als zum Vorentwurf.

Im großen und ganzen ist man der von Löwenstein [2]) aufgestellten Formulierung gefolgt. Vor allem ist hier das Absichtsdelikt in ein Erfolgsdelikt umgewandelt worden. Diese Umwandlung bietet nicht zu unterschätzende Vorteile bezüglich des Nachweises der inneren Tatseite. Sollten sich Schwierigkeiten ergeben wegen des Nachweises der Kausalität der Vermögensveräußerung mit dem eingetretenen Schaden, so sind diese dadurch überwindbar, daß nach § 27 Gegenentwurf der Versuch strafbar ist.

Der de lege lata umstrittendste Teil des Delikts „die drohende Zwangsvollstreckung", ist hier fallen gelassen worden. Diese Erweiterung des Kreises strafbarer Vereitelungen ist aber nicht unbedenklich. Es können hier Fälle getroffen werden, wo nicht einmal der Anspruch, der vereitelt werden soll, besteht, sondern wo dessen Entstehung erst mit Sicherheit zu erwarten ist.

[2]) s. Aschrott 1910 S. 435 ff.

Z. B. beseitigt jemand vor Begehung einer unerlaubten Handlung Vermögensbestandteile, um den nachher folgenden Schadensersatzanspruch des durch die unerlaubte Handlung Getroffenen zu vereiteln. Die Möglichkeit der Bestrafung ist hier zu weit ausgedehnt.

Begrüßenswert ist die Gleichstellung des Beschädigens mit dem Veräußern und Beiseiteschaffen als Angriffshandlung.

Die Strafdrohung ist durch die vollkommene Umbildung, die hier vorgesehen ist, entsprechend verändert, doch interessieren diese prinzipiellen Wandlungen hier weniger.

Das Antragserfordernis ist beibehalten und wohl mit Recht. Denn, wie oben schon ausgeführt, ist die Handlung für die Oeffentlichkeit meist von geringer Bedeutung und spielt sich immer innerhalb einer Gläubiger-Schuldnerbeziehung ab. So kann es dem Gläubiger überlassen bleiben, ob er ein Interesse an der Bestrafung des Schuldners hat oder nicht.

II. Ueber die systematische Stellung auch des § 307 wurde oben schon vor I gesprochen und Stellung genommen.

Die oben in § 29 abgelehnte Erweiterung des Täterkreises durch den Vorentwurf wird vom Gegenentwurf wieder fallen gelassen. Insoweit wird hier auf das geltende Recht zurückgegriffen und es erscheint die wiedererfolgte Einengung aus den schon dargelegten Gründen durchaus am Platze.

Der Vorentwurf hat neben der Wegnahme als Angriffshandlung mit Recht auch die Zerstörung aufgenommen. Nun zieht der Gegenentwurf folgerichtig hieraus die weitere Konsequenz, indem er nach der Hereinnahme der Zerstörung die Beschränkung des Schutzes auf bewegliche Sachen aufgibt und auch unbewegliche Sachen dem Schutz des § 307 unterstellt. Das Wort „beweglich" des § 289 und § 294 VE. ist damit fallen gelassen worden.

Durch das Hinzufügen der Nutznießung zu den geschützten Rechten ist allerdings keine Erweiterung derselben eingetreten. Denn schon de lege lata wurden sowohl Nutznießung als Nießbrauch mitumfaßt. Diese Aenderung bedeutet nichts anderes, als eine Angleichung an den Sprachgebrauch des BGB., dem die hier geschützten Rechte und deren Begriffe ja auch entnommen sind, und das allerdings zwischen dem Nießbrauch einerseits und der ehemännlichen und elterlichen Nutznießung andererseits unterscheidet.

Bezüglich des subjektiven Tatbestands hat man sich Binding's Ansicht[3]) angeschlossen und die Absicht der Rechtsvereitelung als Einengung der inneren Tatseite fallen gelassen und den Vorsatz für ausreichend erklärt.

---

[3]) Binding in „Gerichtssaal" Bd. 77 S. 52.

§ 31.

Der Entwurf der Strafrechtskommission. (1913).

Der VE. war erschienen, das Interesse der Oeffentlichkeit auf ihn gelenkt worden und Zustimmungen aber auch kritische Gegenäußerungen, vor allem der eben besprochene GE. hatten die Weiterbildung gefördert. Es trat nun im Jahre 1911 eine zweite Kommission zusammen, der es oblag, unter Verwertung der Kritik des VE. einen neuen Entwurf auszuarbeiten. Das Resultat der Arbeit dieser Kommission ist der Entwurf von 1913, dessen Veröffentlichung durch den Ausbruch des Weltkriegs verhindert wurde.

Beide Gesetzesbestimmungen finden sich hier wiederum im selben, und zwar dem 26. Abschnitt, betitelt „Vermögensbeschädigung und Gefährdung" vereinigt.

I. Der § 374 dieses Entwurfs kommt, da er als Angriffsgegenstand auch das fremde Recht als Angriffsziel aber die Vereitelung und nicht nur deren Absicht ansieht, dazu, den Vollendungstatbestand darauf abzustellen, daß die Vereitelung eingetreten ist, während der Tatbestand der Vollstreckungsvereitelung de lege lata schon erfüllt ist, wenn der Schuldner die Einwirkungen auf sein Vermögen zum Zwecke der Vereitelung vornimmt, ohne Rücksicht auf den wirklich eingetretenen Erfolg.

Man könnte einwenden, daß diese Regelung eine für die Praxis ungünstige sei, da sich hier ohne Zweifel große Beweisschwierigkeiten ergeben würden; diesen ist man jedoch aus dem Wege gegangen durch die einfachste Art und Weise: Man zog nämlich die Konsequenz aus der Aenderung des Delikts in Beziehung auf seinen Vollendungstatbestand und stellte den Versuch unter Strafe. Allerdings muß hier scharf geschieden werden, der Versuch der Einwirkung auf das Vermögen vom Versuch der „Vereitelung". Erst Letztere ist unter Strafe gestellt, d. h. die Einwirkung auf das Vermögen muß der Schuldner auf alle Fälle schon durchgeführt haben, ehe er bestraft werden kann. Eine frühere Strafbarkeit, d. h. schon beim Beginn der Einwirkung auf das Vermögen, würde zu weit gehen und schließlich wäre jede Handlung eines Schuldners versuchte Vereitelung. So könnte sich der Schuldner dann schon strafbar machen, wenn er sich nur wegen eines etwaigen Verkaufs von Vermögensgegenständen in Unterhandlungen einläßt. Eine solche Regelung hat man ganz mit Recht nicht getroffen, denn die Störung des Rechts- und Wirtschaftslebens wäre hier sicherlich größer als der bezweckte Schutz.

Wieder aufgenommen wurde die Einschränkung, daß nicht eine Befriedigung schlechthin vereitelt werden muß, sondern ein Anspruch aus

dem die Zwangsvollstreckung „droht". Hier treffen alle die in Bezug auf das geltende Recht gemachten Ausführungen zu und die Entscheidung, wann diese Voraussetzung vorliegt, ist wie früher schon ausgeführt wurde, im wesentlichen Tatfrage.

Als Vereitelungshandlung ist neu, als vierte das „Zerstören" aufgezählt. Eine Neuerung, die allerdings gegenüber der seitherigen Praixs des Reichsgerichts keine ist, denn das höchste Gericht hat mit Recht das Zerstören als in dem Beiseiteschaffen inbegriffen verstanden [1]).

In subjektiver Hinsicht bekennt sich dieser Entwurf zu dem schon vorher teilweise vertretenen Standpunkt, daß dolus des Täters ausreichend ist. Hierdurch tritt eine Erweiterung gegenüber dem seitherigen Recht ein, das ja bekanntlich die Absicht erforderte.

Ausgeschieden von der Strafbarkeit bleibt aber auch hier der dolus eventualis. Es ist erforderlich, daß der Täter wissentlich handelt, aber auch ausreichend, nicht hinzuzukommen braucht, daß er mit dem „Zwecke" der Vereitelung die jeweilige Handlung unternimmt.

Nach wie vor wird das Antragserfordernis beibehalten, nur mit der Modifikation, daß der Antrag zurückgenommen werden kann, wenn die Tat von einem Angehörigen des Antragsberechtigten begangen worden ist.

II. Das Delikt der Rechtsvereitelung ist in § 376 geregelt. Auch hier wird die Vollendungsstrafe an den Erfolg der Vereitelung der Rechtsausübung geknüpft. Denn die „Strafwürdigkeit des Eigentümers beruht nicht darauf, daß er dem Berechtigten die Sache wegnimmt, sondern daß er durch die Wegnahme den Berechtigten der Möglichkeit beraubt, sein Recht auszuüben" [2]). Dieser Aenderung ist beizustimmen, da sie das Wesen des Delikts in seinem wirklichen Kern herausstellt.

Eine Erweiterung tritt dadurch ein, daß nicht nur die Wegnahme strafbar ist, sondern auch das Zerstören und über die seitherigen Entwürfe hinaus auch das teilweise Zerstören.

Weiterhin läßt der Entwurf im Anschluß an den Gegenentwurf die Beschränkung auf bewegliche Sachen fallen und unterstellt auch die unbewegliche Sache dem Schutz dieser Bestimmung. Diese Erweiterung erweist sich ja auch in dem Augenblick als notwendig und begründet, wo das ganze oder teilweise Zerstören als Handlung in die Bestimmung des Gesetzes Eingang gefunden hat.

Es erübrigt sich jede weitere Begründung, wenn man das häufig angeführte Beispiel heranzieht, wonach es nur billig ist, daß wenn der Hauswirt dagegen geschützt wird, daß der Mieter die eingebrachten Sachen zerstört, der Hypothekengläubiger einen Schutz gegen Verwüstungen des Grundstücks hat, die der Eigentümer vornimmt, um die Ausübung des Hypothekenrechts zu vereiteln.

[1]) vergl. § 11 der Arbeit und die dort zitierte ERGSt. Bd. 19 S. 25 ff.
[2]) Begründung zum E. 1919 S. 336 ff.

Der Kreis der geschützten Rechte bleibt im wesentlichen der gleiche, wie im geltenden Recht, d. h. durch die Erwähnung des Nießbrauchs neben der Verwendung des Begriffs der Nutznießung hat man nur dem BGB. Rechnung getragen, ohne jedoch eine Aenderung gegenüber den seither geschützten Rechten herbeizuführen.

Der vom Gegenentwurf vorgeschlagenen Aenderung statt von Gebrauchs- und Zurückbehaltungsrecht „an einer Sache" von einer solchen „in Ansehung der Sache" zu sprechen, ging der Kommissionsentwurf durch Umstellung des Textes aus dem Wege.

Genauer drückt sich der Entwurf aus in Bezug auf das Pfandrecht. Die Grundpfandrechte sind im BGB. Hypotheken-, Grund- und Rentenschulden. Dem Rechnung tragend, wird nicht mehr von Pfandrecht schlechthin, sondern von „Rechten auf Befriedigung aus der Sache" gesprochen.

Dabei ergibt sich hieraus in Verbindung mit der Einbeziehung der unbeweglichen Sachen, daß auch Hypotheken, Reallasten usw. jetzt dem Schutz der Bestimmung unterstehen.

Täter kann, wie nach geltendem Recht nur der Eigentümer der Sache sein, oder ein Dritter, wenn er die Handlung mit Einwilligung des Eigentümers, oder zu dessen Gunsten vornimmt. Damit ist man mit Recht wieder von der Erweiterung auf jeden Dritten, wie sie der Kommissionsentwurf vorsah, abgekommen, „weil damit der Grundgedanke des Tatbestandes, der den Berechtigten gegen Beeinträchtigungen durch den Verpflichteten schützen will, verlassen wurde" [3]).

Ebenso wie bei der Bestimmung des § 374 wird bezüglich der Schuld der hauptsächlich von Binding [4]) vertretenen Meinung, daß das Erfordernis der Absicht eine unzweckmäßige Einschränkung bedeute, stattgegeben und das Delikt zum bloßen Vorsatzdelikt umgebildet.

Die Freiheitsstrafe wird bezüglich des Höchstmaßes von 3 auf 2 Jahre herabgesetzt.

Viel notwendiger als bisher ist bei der vorgenommenen Aenderung des subjektiven Tatbestandes die Beibehaltung der Bestrafung des Versuchs.

Wie seither wird die Bestrafung von einem Antrag abhängig gemacht, wobei jedoch hier, im Gegensatz zum geltenden Recht die Tat nicht straflos sein soll, wenn sie gegen einen Verwandten absteigender Linie, oder gegen einen Ehegatten begangen worden ist. Der Grundgedanke des geltenden Rechts war, den Familienfrieden zu wahren. In der Begründung wird nun ausgeführt, daß dem genügend Rechnung getragen sei durch die Möglichkeit der Zurücknahme des Antrags. Dem kann aber nicht beigepflichtet werden. Besteht gar keine Antragsmöglichkeit, so kann auch der Frieden nicht durch den Antrag gestört werden. Ist aber einmal Antrag gestellt, wird es meist

[3]) Begründung zum Entwurf von 1919 S. 336 ff.
[4]) Binding in „Gerichtssaal" Bd. 77 S. 52.

mit dem Frieden vorbei sein und es kann durch die Zurücknahme höchstens der Frieden wieder hergestellt, nicht jedoch gewahrt werden. Der Unterschied ist nicht unbeachtlich und es ist die Regelung des geltenden Rechts der dieses Entwurfs bestimmt vorzuziehen.

§ 32.

Der Entwurf von 1919.

Der Weltkrieg von 1914—18 gebot auch der Weiterarbeit an diesem Gesetz Einhalt und erst im Jahre 1918 trat wieder eine Kommission zusammen, deren Arbeit im Entwurf von 1919 verkörpert ist.

Der 33. Abschnitt dieses Entwurfs verwendet zum erstenmale den Begriff der „Rechtsvereitelung" als Abschnittsüberschrift und faßt hierunter im wesentlichen unsere hier behandelten Delikte in dem sogenannten Abschnitt zusammen.

Ueber die Bestimmung, die Vollstreckungsvereitelung betreffend, ist nichts zu sagen, sie ist wörtlich aus dem Kommissionsentwurf von 1913 entnommen worden.

Auch die Regelung des § 386, die Pfandkehr betreffend, ist im wesentlichen nicht geändert im Vergleich zum Kommissionsentwurf.

Neu hinzugefügt wurde nur der 5. Absatz, wonach die Vorschriften des Absatzes 1—3 nicht anwendbar sind, wenn ein Mieter oder Pächter eine in die Mieträume oder das Pachtgrundstück eingebrachte, der Pfändung nicht unterworfene Sache, an welcher dem Vermieter ein vertragsmäßiges Pfand oder Zurückbehaltungsrecht zusteht, dem Vermieter oder Verpächter wegnimmt.

Wie schon oben in § 20 ausgeführt ist, vertritt das Reichsgericht [1]) den gegenteiligen Standpunkt. Aber aus den oben schon ausgeführten Gründen kann dieser Ansicht nicht beigetreten werden. Durch diese Auslegung ist das Verbot der Kahlpfändung umgangen und es ist durchaus begrüßenswert, wenn der Entwurf in diesem 5. Absatz sich die in der Wissenschaft gegen das Reichsgericht vertretene Ansicht zu eigen gemacht hat.

Allerdings ist straflos in dem erwähnten Fall nur die Wegnahme, nicht das Zerstören. Die letztere Handlung soll mit Recht auch in diesem speziellen Fall strafbar sein, da sie nur den Zweck haben kann, den Vermieter oder Verpächter zu schädigen, ohne daß der Täter selbst auch nur den geringsten Vorteil davon hätte.

Wie sich aus der Begründung zum Entwurf ergibt [2]), gilt der Absatz 5 jedoch nicht, soweit sich das gesetzliche Pfandrecht in einem Fall

[1]) insbesondere die ERGSt. Bd. 35 S. 150 und Bd. 37 S. 118.
[2]) Begründung zum Entwurf von 1919 S. 337.

des § 585 BGB. auch auf unpfändbare Sachen erstreckt. Da hier die Kahlpfändung gewissermaßen zugelassen ist, entfällt auch der Grund dieser Sondervorschrift in Anwendung zu bringen.

Ueber eine weitere Streitfrage ist durch diesen Absatz auch gleich entschieden, denn durch diese Beschränkung ist mittelbar festgestellt, daß das sogenannte „Rücken des Mieters", soweit es sich hierbei um pfändbare Sachen handelt, strafbar ist. Eine Entscheidung, die auch nach geltendem Recht in demselben Sinne beinahe einhellig getroffen wurde.

§ 33.

Der Entwurf von 1925.

Bedeutende Aenderungen bringt der Entwurf gegenüber seinen Vorgängern kaum mehr. Im großen und ganzen verdankt er seine Form der Arbeit, die in dem vorausgehenden Kommissionen geleistet worden ist.

Auch hier findet sich, wie im Entwurf von 1919, der Sonderabschnitt „Rechtsvereitelung".

Auffallend ist nur, daß das Delikt der Vollstreckungsvereitelung nicht mehr Aufnahme gefunden hat. Davon ausgehend, daß die Beziehungen zwischen dieser Strafbestimmung und denen des Konkursrechts so enge seien, kam man zu dem Schluß, die Strafbestimmung, da schon eine erneute Einverleibung der Generalexekution nicht möglich und ratsam war, aus dem Strafgesetzbuch herauszunehmen, Unleugbar spricht mancher Gesichtspunkt für eine Vereinigung dieser Bestimmungen, doch erscheint es wiederum auch vom Standpunkt systematischer Klarheit aus keinesfalls angebracht, in ein Gesetz, das das Recht des Konkurses in seinem ganzen Umfang regelt, aber auch ausschließlich dieses, eine Strafbestimmung aufzunehmen, die mit dem Konkursrecht sonst bestimmt nichts gemeinsam hat. Außerdem bestünde, da vorläufig eine solche Regelung dann weder im einen noch im anderen Gesetze vorhanden wäre, eine äußerst bedauerliche Lücke.

Um so unverständlicher wäre es, diese Gefahr nicht zu beseitigen, wo gerade die neu geregelte Rechtsvereitelung, die ihr und der Vollstreckungsvereitelung zweifellos auch gemeinsamen Grundgedanken schärfer denn je herausstellt, sodaß mit einer Zusammenstellung dieser Bestimmung unter einem wohl anderen aber mindestens ebenso beachtenswerten systematischen Gesichtspunkte dieser Schwierigkeit abzuhelfen wäre. So schreibt auch Mamroth [1]): „Die Einbeziehung der Vollstreckungsvereitelung in den Tatsachenkomplex des § 320 (Rechtsvereitelung) ist umso gerechtfertigter, als in der jetzigen Formulierung der entscheidende Grundgedanke der Strafvorschrift deutlicher als im bisherigen § 289 dahin zum Ausdruck kommt,

[1]) in Aschrott 1926 S. 366.

daß der Eigentümer nicht sowohl deshalb strafwürdig ist, weil er den Berechtigten wegnimmt usw., sondern deshalb, weil er durch die Wegnahme usw. den Berechtigten der Möglichkeit beraubt, sein Recht auszuüben. Gerade dieser Gesichtspunkt ist aber auch der leitende für die bisherige Strafbestimmung des § 288." Mit dieser Begründung, der man bedenkenlos folgen kann, tritt er für eine Aufnahme dieser Strafbestimmung in den Tatbestand des § 289 jetzt 320 ein. In wie weit es ratsam ist, so weit zu gehen, daß nicht nur derselbe Abschnitt des Gesetzes, sondern derselbe Paragraph die beiden Bestimmungen vereinen soll, darauf ist bei der Besprechung des letzten Entwurfs von 1927 noch einzugehen.

II. Bezüglich der in § 320 geregelten Rechtsvereitelung ergibt sich wenig Neues, in den wesentlichen Gesichtspunkten, mit einer unten zu besprechenden Ausnahme folgt der Entwurf hier den vorangegangenen Entwürfen, insbesondere dem des Jahres 1919.

Auch er knüpft die Vollendungsstrafe an den Erfolg der Vereitelung der Rechtsausübung. Die Gründe hiefür wurden schon an gegebener Stelle erörtert und die Feststellung allein mag hier genügen.

Neben der de lege lata allein geschützten Wegnahme behält auch dieser Entwurf, wie seine Vorgänger als Mittel der Vereitelung gänzliches oder teilweises Zerstören bei.

Wiederum sind neben den beweglichen auch die unbeweglichen Sachen geschützt, wodurch sich der Umfang der geschützten Personen im Vergleich zum geltenden Recht wesentlich erweitert.

Auch alles andere, Antrag, Strafrahmen usw. ist gleichgeblieben. Nur der Absatz 5 des Entwurfs von 1919 ist wieder fallen gelassen, d. h. die alte Kontroverse, sollen auch Rechte geschützt werden, die vertraglich an an und für sich unpfändbaren Sachen des Mieters oder Pächters bestellt worden sind oder nicht?

Im Gegensatz zum vorhergehenden Entwurf schließt sich der jetzige wiederum dem Reichsgericht an unter Bejahung dieser Frage, indem ausgeführt wird [2]): „Die Streitfrage zu entscheiden, ist nicht Aufgabe des Strafrechts. Können nach BGB. für den Vermieter oder Verpächter derartige Rechte begründet werden, so besteht kein Anlaß ihnen den Strafschutz zu versagen, der sonst den Pfand- und Zurückbehaltungsrechten gewährt wird."

An dieser Argumentation ist soviel richtig, daß diese Frage hier nicht zu entscheiden ist, soweit sie zivilrechtlicher Natur ist. Besteht nach den zivilrechtlichen Rechtsgrundsätzen [3]) ein solches Recht nicht, so ist zweifels-

[2]) Begründung zum Entwurf 1925 S. 169.

[3]) die Frage ist hier höchst bestritten und wird z. B. vom Reichsgerichtsrätekommentar zum BGB. in § 559 Ziff. 4 für den Vermieter verneint, für ein vertragliches Zurückbehaltungsrecht aber bejaht.

ohne auch die Bestimmung des Strafrechts nicht anwendbar. Aber der Rückschluß hieraus ist eben unrichtig, besteht nämlich ein solches ziviles Recht, so ist damit noch lange nicht erwiesen, daß es auch strafrechtlich geschützt sein muß. Geht der Schuldner und Mieter einen solchen für ihn überaus harten Vertrag ein, so mag er zu Recht bestehen. Aber deswegen dem Gegner, dem die Pfändung ex lege nicht zugestanden ist, zu schützen, wenn der Schuldner diesen Vertrag, den er meist wohl unter einem starken Druck, hervorgerufen durch die sozial schwächere Position und die finanziell schlechte oder gar verzweifelte Lage, geschlossen hat, nicht achtet, geht nicht an. Das Gesetz bringt durch das Verbot der Kahlpfändung klar zum Ausdruck, daß es dieselbe nicht will. Läßt man den zivilrechtlichen Abschluß eines solchen Vertrages mit Rücksicht auf den Grundsatz der Vertragsfreiheit zu, so ist andererseits kein Grund vorhanden ein solches Recht, daß das Gesetz von sich aus nicht entstehen läßt, und auch nicht entstehen lassen will, zu schützen. Es stehen sich hier zwei Interessen gegenüber, das eine ist die Sicherung des Rechts des Gläubigers, das andere ist der Versuch des Schuldners, sich seine letzte Existenzmöglichkeit, sein einziges Habe zu bewahren, ohne daß er vielleicht überhaupt aufhört ein Mensch unter Menschen zu sein. Und ohne Zweifel ist hier dieses letztere Interesse das Wichtigere und das bestimmt generell schützenswerte des Berechtigten hat hier zurückzutreten.

Aus diesen Gründen, neben den früher schon aufgeführten [4]), ist es bedauerlich, daß der Entwurf den Absatz 5 des Entwurfs von 1919 wieder fallen gelassen hat und es wäre wünschenswert, diesen Absatz 5 in seiner letzten Auswirkung humanen und notwendigen Bestimmung wieder aufzunehmen.

§ 34.

Der Entwurf von 1927 und eine kritische Zusammenfassung.

Wir treten jetzt in die letzte Phase der Entwicklung der hier besprochenen Delikte ein. Es handelt sich um den Entwurf von 1927 „Die Reichstagsvorlage".

Grundlegende Veränderungen weist auch diese Fassung nicht mehr auf. Sie bedeutet eigentlich nur eine letzte Abrundung der Arbeit der vorangegangenen Jahre und an dem 31. Abschnitt und dem § 354 hat sich auch in den Ausschußberatungen und den deutschen und österreichischen Strafrechtskonferenzen nichts mehr von Bedeutung verändert. Der Paragraph lautet jetzt:

„Wer seine eigene Sache zerstört, beschädigt oder einem anderen wegnimmt und dadurch die Ausübung eines Rechtes auf Befriedigung aus der

[4]) vergl. insb. § 20 der Arbeit am Ende.

Sache oder eines Nießbrauchs-, Nutznießungs-, Gebrauchs- oder Zurückbehaltungsrechts ganz oder zum Teil vereitelt, wird mit Gefängnis bis zu 2 Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

Ebenso wird bestraft, wer wissentlich bei einer ihm drohenden Zwangsvollstreckung Bestandteile seines Vermögens zerstört, beschädigt, veräußert oder sonst beiseiteschafft und dadurch die Befriedigung des Gläubigers ganz oder zum Teil vereitelt.

Die Vorschriften der Absätze 1 und 2 gelten entsprechend für den, der die Handlung mit Einwilligung oder zu Gunsten des Eigentümers oder des Schuldners vornimmt.

Der Versuch ist strafbar.

Die Tat wird nur auf Verlangen des Verletzten verfolgt.

Wer die Tat an Sachen geringen Wertes gegen einen Angehörigen begeht, mit dem er in häuslicher Gemeinschaft lebt, ist straffrei."

Bei der Besprechung vorweg zu nehmen, wäre gleich die während der Beratungen erfolgte Ergänzung bezüglich einer offensichtlich übersehenen Regelung, die die Straffreiheit demjenigen gewährt, der die Tat an Sachen geringen Wertes gegenüber Verwandten, mit denen er in häuslicher Gemeinschaft lebt, begeht [1]). Es ist dies in geringer Abwandlung die Regelung, wie sie auch schon der § 289 in seinem Absatz 5 enthält. Ueber die Begründetheit dieser Beschränkung wurde schon oben an gegebener Stelle ausführlich gesprochen.

I. Wieder aufgenommen wurde der Tatbestand der Vollstreckungsvereitelung, und zwar in der Form, zu welcher sich derselbe in den verschiedenen Entwürfen herausgebildet hat. Gegenüber dem geltenden Recht weist auch hier dieses Delikt die schon besprochenen Erweiterungen auf. Neben dem Veräußern ist jetzt auch strafbare Handlung das Zerstören und Beschädigen.

Angriffsgegenstand ist das fremde Recht, Ziel des Angriffs die Befriedigung zu vereiteln.

Der Vollendungstatbestand stellt darauf ab, daß die Vereitelung eingetreten ist, was wiederum die Strafbarkeit des Versuchs bedingt. Bezüglich des subjektiven Tatbestands wird die Einschränkung nur dahingehend gemacht, daß der bedingte Vorsatz aus der Strafbarkeit ausgeschlossen worden ist. Es ist strafbar, wer wissentlich bei drohender Zwangsvollstreckung die Befriedigung eines Gläubigers vereitelt. Es sind dies alles Fragen, die schon de lege lata und ferenda besprochen worden sind und eine nochmalige Behandlung wäre nur Wiederholung schon besprochener Fragen und Proleme.

[1]) s. Protokolle, Antrag des B. E. Emminger in der 116. Sitzung in erster Lesung.

Es ist kein Zweifel, daß die Wiederaufnahme dieser Bestimmung begrüßenswert ist. Bloß ist es doch nicht ohne Bedenken hinzunehmen, daß der Entwurf die Bestimmung nicht nur in denselben Abschnitt aufnimmt, sondern die Verschmelzung in einen Paragraphen durchführt. Sicherlich ist die nahe Beziehung, insbesondere unter Berücksichtigung des heutigen Stadiums der Entwicklung zwischen den einstmaligen § 288 und § 289 St.G.B. nicht zu leugnen. Und sie soll auch zum Ausdruck gebracht werden in der systematischen Einordnung dieser beiden Bestimmungen. Doch erscheint hierwegen die Verschmelzung in einen Paragraphen nicht zweckmäßig. Es stehen da andere Interessen der Praxis, insbesondere aber auch der Theorie entgegen. So wenig es begrüßenswert ist, wenn man aus lauter Rücksicht auf die Verschiedenartigkeit der Delikte und Lust am Gliedern ein Gesetz in allzuviele Abschnitte zerlegt, ist es aber auch nicht angebracht, Delikte desselben Abschnitts mit zweiffellos derselben Grundtendenz nun so eng zu verbinden. Es vergrößert die Klarheit der Uebersicht eines Gesetzes bestimmt, ohne dessen Geschlossenheit zu beeinträchtigen, wenn hier Tatbestände wie die vorliegenden, wohl im selben Abschnitt, aber doch in getrennten Paragraphen untergebracht werden. Diese Trennung wird deswegen in Vorschlag gebracht.

II. Bezüglich der Rechtsvereitelung im engeren Sinn, die eigentlich zufolge der Stellung im Entwurf zuerst behandelt werden müßte, hat sich, wie schon eingangs des Paragraphen gesagt wurde, Grundlegendes auch nicht mehr geändert.

Auch hier ist die Vollendungsstrafe an den Erfolg der Vereitelung der Rechtsausübung geknüpft, was wiederum Strafbarkeit des Versuchs bedingt.

Neu ist hinzugekommen, daß aber auch hier die teilweise Vereitelung genügt.

Ferner ist neu gegenüber dem geltenden Recht und sämtlichen bisherigen Entwürfen, daß die Strafdrohung sich auch auf die bloße Beschädigung erstreckt. Eine Erweiterung, die umso notwendiger ist, als ja auch unbewegliche Sachen geschützt sind, und letzten Endes der Unterschied zwischen Beschädigen und Zerstören nur ein gradueller ist.

In subjektiver Beziehung hat sich auch hier die Erweiterungstendenz, die schon bezüglich des geltenden Rechts sich bemerkbar machte, ebenfalls durchgesetzt. Nicht mehr Absicht ist erforderlich, Vorsatz wird zur Begehung der Tat als ausreichend angesehen unter Ausschluß des bedingten Vorsatzes und Einschränkung auf den dolus directus.

Diese Regelung, der für das geltende Recht nicht beigetreten werden konnte, scheint für den Entwurf von 1927 durchaus am Platze zu sein, da man diese Bestimmung natürlich im Rahmen des ganzen Entwurfs betrachten muß und insbesondere hier die Legaldefinition des Absichtsbe-

griffs [2]) nicht übersehen darf. Legt man diese zu Grunde, so wäre die Einschränkung durch den subjektiven Tatbestand, würde weiterhin Absicht erfordert, eine zu große und die Strafvorschrift in den meisten Fällen nicht anwendbar.

In Verbindung mit der Stellungnahme zum Begriff des „Wegnehmens", wie sie im Verlaufe der Arbeit [3]) eingenommen wurde, muß hierauf de lege ferenda noch einmal eingegangen werden. Es stehen sich, wie oben ausgeführt, zwei Meinungen gegenüber. Die eine will den Begriff der Wegnahme weitergefaßt wissen als beim Diebstahl, um die andere Lösung, die sich mit Bildung neuer Gewahrsamsbegriffe usw. behilft, zu vermeiden. Stellt man sich, wie geschehen, auf die Seite der ersten Ansicht, d. h. faßt man den Begriff weiter, so muß auch ein anderes Wort als beim Diebstahl, für den anders gearteten Begriff verwendet werden. Denn es ist nicht angängig, daß im selben Gesetz dasselbe Wort einmal diesen Sinn, und das anderemal einen anderen Sinn haben soll.

Doch wäre diesem Zwiespalt unschwer abzuhelfen, gäbe man der Bestimmung folgende veränderte Form: „Wer seine eigene Sache zerstört, beschädigt, einem andern wegnimmt, oder s o n s t w i e e n t z i e h t ....".

Es bestünde durch diese Erweiterung keine Gefahr, daß Fälle getroffen würden, die dem Sinne des Gesetzes nach nicht unter Strafe gestellt sein sollen, und andererseits wäre die Gleichheit des Wegnahmebegriffs innerhalb des Entwurfs gewahrt, ohne daß künstlich anmutende neue Begriffe eingeführt zu werden brauchten. Dabei ist mit dem Wort „Entziehen" keine absolute Neuerung eingeführt, da schon vorher dieses Delikt verschiedentlich als Besitz-„Entziehung" bezeichnet wurde.

Bedauerlicherweise ist der Absatz 5 des Entwurfs von 1919 auch im Entwurf von 1927, wie im vorhergehenden, nicht mehr aufgenommen worden. Aus den zum Entwurf 1925 [4]) angeführten Gründen, würde es wünschenswert erscheinen, diese Bestimmung dem Entwurf wieder einzufügen.

Wie seither, so ist auch im letzten Entwurf das Vergehen ein Antragsdelikt geblieben. Die prinzipielle Frage über das Antragsdelikt, die Bedeutung des Antrags und die Berechtigung seiner Stellung im jeweiligen Tatbestand oder besser, eine generelle Regelung in der Strafprozeßordnung kann hier im Rahmen dieser Arbeit nicht erörtert werden [5]).

III. Am Ende der Darstellung des Entwurfs sollen noch einmal kurz die Punkte zusammengefaßt werden, bezüglich deren eine Aenderung angebracht erscheint. Es würde auf Grund der Darstellung vorgeschlagen:

---

[2]) § 18 Abs. 2: Absichtlich handelt der Täter, wenn es ihm darauf ankommt, den im Gesetz bezeichneten Erfolg herbeizuführen.
[3]) s. § 21 oben.
[4]) § 33 der Arbeit.
[5]) vergl. hiezu Beling, Methodik S. 121 ff.

1. Eine Trennung der Tatbestände der Rechtsvereitelung im engeren Sinn und der Pfandkehr in zwei Paragraphen.
2. Eine Aenderung des Tatbestands der Rechtsvereitelung [6]) durch Einsetzung der Worte „sonstwie entzieht“ in den Tatbestand wie folgt: „Wer seine eigene Sache zerstört, beschädigt, einem andern wegnimmt, oder sonstwie entzieht....“
3. Wiederaufnahme der einschränkenden Bestimmung des Absatzes 5 des Entwurfs von 1919, wonach straffrei bleibt, wenn ein Mieter oder Pächter eine in die Mieträume oder das Pachtgrundstück eingebrachte, der Pfändung nicht unterworfene Sache, an welcher dem Vermieter oder Verpächter ein vertragsmäßiges Pfand- oder Zurückbehaltungsrecht zusteht, dem Vermieter oder Verpächter wegnimmt.

[6]) ohne damit eine Erweiterung schaffen zu wollen!

Lebenslauf.

Am 1. September 1907 wurde ich in Keula in Thüringen als Sohn des Apothekers Otto Grosse und seiner Ehefrau Emma geb Siebeck geboren. Meine Staatsangehörigkeit war die des Fürstentums Reuß j. L. und seit 1918 die Thüringische, bis ich im Jahre 1928 die Württembergische erwarb.

Vom Frühjahr 1914 bis Herbst 1916 besuchte ich die Gemeindeschule in Keula, von da ab bis Herbst 1918 wurde ich von einer Erzieherin unterrichtet. Im Herbst 1918 zogen meine Eltern nach Stuttgart und ich besuchte hier das humanistische Karlsgymnasium, wo ich Ostern 1926 die Reifeprüfung ablegte. Hierauf widmete ich mich einem neunsemestrigen Studium der Rechte an den Universitäten München, Paris, Hamburg, Berlin und Tübingen, wobei ich das letzte Semester in Tübingen nur als Gasthörer eingeschrieben war. Im November 1930 bestand ich vor der Justizprüfungskommission Tübingen das erste juristische Staatsexamen und bin seit 9. Dezember 1930, zuerst beim Amtsgericht Stuttgart II, dann beim Arbeits- und Landgericht Stuttgart im Vorbereitungsdienst als Referendar tätig.